

Die staatlich gebundene Aktiengesellschaft

Eine Studie am Beispiel der SWISSAIR
mit Vergleichen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
URS THOMANN
von Zollikon ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Zürich 1982
Zentralstelle der Studentenschaft



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507225_0004

Die staatlich gebundene Aktiengesellschaft

Eine Studie am Beispiel der SWISSAIR
mit Vergleichen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
URS THOMANN
von Zollikon ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Zürich 1982
Zentralstelle der Studentenschaft

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Dank

Mein ganz spezieller Dank für tatkräftige
Unterstützung gilt:

Herrn Prof. Dr. iur. B. Staehelin, Vizedirektor
SWISSAIR, Koreferent

Herrn Albrecht Beutler, Archiv und Dokumentation,
SWISSAIR

Fräulein Verena Tschanz, Archiv und Dokumentation,
Bundesamt für Zivilluftfahrt, Bern

Herrn Horst Burgsmüller, Deutsche Lufthansa, Köln

Herrn Wilhelm A. Linner, Deutsche Lufthansa, Zürich

Herrn Georg Wiebecke, Zollikon.

VORWORT

Der Verfasser hat sich mit dieser Arbeit zum Ziel gesetzt, neben dem umfangreichen theoretischen Schrifttum zum Recht der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung den praktischen Fall vermehrt zu beleuchten. Allerdings ist die Auswahl, im Gegensatz zu den Verhältnissen in Deutschland, in der Schweiz sehr beschränkt. Die bedeutendste schweizerische gemischtwirtschaftliche Unternehmung ist zweifellos die SWISSAIR, die dann auch für diese Arbeit herangezogen wurde. Die Tatsache dass eine Linienluftverkehrsgesellschaft in den Mittelpunkt gestellt wurde hatte gewisse Konsequenzen: es drängte sich eine Einführung in das internationale rechtliche System des Luftverkehrs auf, um das nationale System begreiflich machen zu können. (1. Teil)

Das internationale und nationale Luftverkehrsrecht ist eine eminent politische Materie. Die luftverkehrspolitischen Grundsatzentscheide, die in den Nachkriegsjahren gefällt wurden, waren determinierend für die rechtliche Organisation des schweizerischen, wie auch des ausländischen Luftverkehrs. Diese Tatsache rechtfertigt die Auseinandersetzung mit den luftverkehrspolitischen Fragen in der juristischen Arbeit.

Es ist dem Verfasser bewusst, dass er eine sehr breite Thematik gewählt hat. Dieser vermeintliche Nachteil der Arbeit gereicht aber unseres Erachtens zu ihrem grossen Vorteil, da sie sich gerade zur Aufgabe gemacht hat, einmal die grossen Zusammenhänge, namentlich zwischen dem öffentlichen und privaten Recht, zu behandeln, die Optik gerade möglichst weit zu öffnen, um vielleicht dadurch eine Grundlage für neue Detailbetrachtungen zu schaffen.

Im Andenken an meinen Vater

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

1. T E I L : W E S E N U N D S Y S T E M D E S L U F T V E R K E H R S	1
A. Begriffliches	1
I. Luftfahrt und Luftverkehr	1
II. Die Luftverkehrsgesellschaft und ihr Funktionsbereich	1
III. Die Merkmale und Arten des Luftverkehrs	3
1. Die Merkmale	3
2. Die Arten	6
a) Die unproblematischen Unterscheidungen	6
b) Die problematische Unterscheidung: Linien- und Gelegenheitsverkehr	6
B. Das rechtliche System des internationalen Luftverkehrs	8
I. Die Bindung des Luftverkehrs an internationale Abkommen	8
1. Multilaterale Abkommen	8
a) Das Abkompenssystem von Chicago als Ausgangspunkt der staatlichen Organisation der Zivilluftfahrt	8
aa) Zustandekommen und Ziele	8
bb) Freiheitliche oder protektionistische Regelung	9
cc) Der Kompromiss von Chicago: Die fünf Freiheiten der Luft	9
aaa) Grundsätzliches	9
bbb) Die fünf "alten" Freiheiten der Luft	10
ccc) Die drei "neuen" Freiheiten der Luft	12
dd) Würdigung	12
b) Die privatrechtliche Normierung der Beförderung im internationalen Luftverkehr durch das Warschauer Abkommen und seine Folgeabkommen	13

aa)	Das Warschauer Abkommen	13
bb)	Die Aenderung des Warschauer Abkommens durch das Haager Protokoll	13
cc)	Das Zusatzabkommen von Guadalajara	14
dd)	Die Vereinbarung von Montral	14
ee)	Das Guatemala-Abkommen	14
ff)	Das Abkommen von Tokio	15
2.	Bilaterale Abkommen	15
a)	Bilaterale Abkommen - Eine Folge des uner- füllten Traumes von Chicago	15
b)	Das Bermuda-Modell	16
c)	Abkommen mit Prädeterminationsklausel	17
d)	Die Bedeutung dieser Modelle	18
II.	Die rechtliche Normierung des internationalen Nichtlinienverkehrs	19
1.	Die Normierung bis 1944	19
2.	Der Nichtlinienverkehr im Abkommen von Chicago von 1944	19
3.	Das Abkommen von Paris vom 30. April 1956 über die Verkehrsrechte im nicht regelmässigen Luftverkehr in Europa	22
4.	Die Suche nach dem "goldenen Mittelweg" zwi- schen Protektionismus und Liberalisierung	23
5.	Die Regelung des sogenannten Ad-hoc- und Kettenverkehrs	25
III.	Die Bindung des Luftverkehrs an internationale Verbände und Organisationen	27
1.	Die staatlichen Organisationen	27
a)	Die International Civil Aviation Organi- sation (ICAO)	27
aa)	Entstehung und Ziele	27
bb)	Die Organisation	28
cc)	Die Bedeutung der ICAO	30
b)	Die European Civil Aviation Conference (ECAC)	31
2.	Die privaten Organisationen	31
a)	Die International Air Transport Associa- tion (IATA)	31
aa)	Entstehung und Ziele	31

bb) Mitgliedschaft	32
cc) Organisation	32
dd) Tätigkeit	34
aaa) Tätigkeit im Nicht-Tarif-Bereich	34
bbb) Tätigkeit bei der Festsetzung der Tarife im Luftverkehr: Das Verhältnis Staat-Luftverkehrsgesellschaft - IATA und die Kartellfrage	35

2. T E I L : DIE EXTERNE BINDUNG DER LUFTVERKEHRS-GESELLSCHAFT 46

A. Das staatliche Luftverkehrsmonopol als Ursprung der Bindung und die Folgen für den schweizerischen Luftverkehr	46
I. Der Luftverkehr in der schweizerischen Bundesverfassung	46
1. Die Entstehung von Art. 37 ^{ter} der Bundesverfassung	46
2. Der Inhalt von Art. 37 ^{ter} der Bundesverfassung	47
II. Die Bedeutung von Art. 37 ^{ter} der Bundesverfassung für die Vollzugskompetenz des Bundes	49
III. Das Luftfahrtgesetz	49
1. Die Entstehung des Gesetzes	49
2. Das Verständnis der Bundesgesetzgebungskompetenz in den Materialien zum Luftfahrtgesetz	50
IV. Art. 37 ^{ter} der Bundesverfassung als eine ein rechtliches Monopol des Bundes begründende Norm	50
1. Der Begriff des Monopols	50
2. Die Arten von Monopolen	51
3. Art. 37 ^{ter} BV begründet ein rechtliches Monopol des Bundes	52
V. Luftverkehr als Verwaltungsaufgabe des Bundes	52
1. Allgemeines zum Begriff der Gesetzgebung	52
2. Luftverkehr als Aufgabe der staatlichen Leistungsverwaltung	52
VI. Die Möglichkeiten der Erfüllung der staatlichen Verwaltungsaufgabe	54

1. Die Grundlage	54
2. Die Erfüllung durch bundeseigene Anstalten	55
a) Die Schweizerische Bundesbahnen (SBB)	55
b) Die Post (PTT)	56
3. Die Erfüllung der Verwaltungsaufgabe im Monopolbereich durch Uebertragung auf einen Privaten	57
VII. Das Luftverkehrsmonopol des Bundes als Grenze privaten Unternehmertums und seine Bedeutung als Ursprung der Bindung	58
B. Konzession und behördliche Aufsicht als öffentlich-rechtliche Instrumente der Gewährleistung einer begrenzt gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung im Linienluftverkehr	62
I. Das Prinzip der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung	62
1. Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung	62
2. Die Konsequenz für den Luftverkehr	63
3. Private Unternehmen als Wahrer gemeinwirtschaftlicher Interessen?	63
4. Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistung und Verpflichtung	64
II. Die SWISSAIR und die Gemeinwirtschaft	66
1. Die SWISSAIR - Eine gemeinwirtschaftliche Unternehmung?	66
a) Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Unternehmung	66
b) Die Funktion des Gewinnes in der gemeinwirtschaftlichen Unternehmung - und bei der SWISSAIR	68
c) Schlussfolgerung	73
III. Die SWISSAIR als öffentlich bzw. gemeinwirtschaftlich gebundene Unternehmung	73
1. Der Begriff der öffentlich bzw. gemeinwirtschaftlich gebundenen Unternehmung	73
2. Der Untersuchungsgegenstand	74
3. Die einzelnen Elemente der öffentlichen bzw. gemeinwirtschaftlichen Bindung	75
a) Die Schwierigkeit der Darstellung	75

b)	Die spezifisch hoheitlichen Sondervorschriften und die Kontrollstelle als Voraussetzungen der öffentlichen bzw. gemeinwirtschaftlichen Bindung der Unternehmung und die Konzession als Rechtsfolge	75
aa)	Die Beschaffenheit der Sondervorschriften	76
bb)	Die Hoheitlichkeit	76
cc)	Die Betroffenheit der wirtschaftlichen Tätigkeit	77
dd)	Die Intensität der Bindung	78
ee)	Die Dauer der Bindung	78
ff)	Die besondere Kontrollstelle als Regel	79
gg)	Die Konzession als Rechtsfolge zur Sicherung von Allgemeininteressen	80
IV.	Die Konzession der SWISSAIR	81
1.	Die luftverkehrspolitischen Grundlagen	81
a)	Die schweizerischen Luftverkehrsgesellschaften vor dem zweiten Weltkrieg	81
b)	Die Situation nach dem zweiten Weltkrieg: die SWISSAIR als "chosen instrument" des schweizerischen Linienverkehrs	84
2.	Die öffentliche Bindung der SWISSAIR durch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Konzession	85
a)	Die Konzession als Vermittlerin nicht nur von Rechten, sondern auch von Pflichten	85
b)	Die Pflichten der SWISSAIR aus der Konzession als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen	86
c)	Die gemeinwirtschaftlichen Grundpflichten der SWISSAIR	91
aa)	Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Grundpflichten	91
bb)	Gemeinwirtschaftliche Grundpflichten und Handlungsfreiheit	91
cc)	Gemeinwirtschaftliche Grundpflichten und gemeinwirtschaftliche Leistungen	92
dd)	Die Betriebspflicht	92
aaa)	Zweck	92
bbb)	Inhalt	93
ccc)	Bedeutung	95

ee) Die Flugplanpflicht	96
ff) Die Beförderungspflicht	100
gg) Die Tarifpflicht	102
3. Die übrigen Verpflichtungen aus der Konzession	103
a) Meldepflicht	103
b) Die Pflicht zur Aeufrung von Reserven	104
c) Die Zutrittsrechte der Aufsichtsorgane	104
4. Der Erwerb durch den Bund	105
V. Die "Kontrollstelle" im gemeinwirtschaftlichen Sinn, das Bundesamt für Zivilluftfahrt	107
1. Begriff und Bedeutung dieser Kontrollstelle	107
2. Die "Kontrollstelle" und der Staat	108
3. Das Verhältnis der Kontrollstelle zum Kontrollierten	109
4. Die Funktion des Bundesamtes für Zivil- luftfahrt	111
a) Der Grundsatz der mittelbaren Bundesauf- sicht nach Art. 3 des Luftfahrtgesetzes	111
b) Die Rechtsnatur der Tarifhoheit des Bundes und die abgeleiteten Kompetenzen des Bundesamtes für Zivilluftfahrt als Tarifbehörde im Linienluftverkehr	114
c) Zuständigkeit, Voraussetzungen und Ver- fahren der Konzessionierung	118
d) Die Organisation des Luftamtes	122
VI. Der Zugang zum Linienluftverkehr nach in- und ausländischem Luftrecht	122
1. Der Zugang nach schweizerischem Luftrecht	122
2. Der Zugang nach ausländischem Luftrecht: gemeinsame Vorbemerkungen	125
3. Der Zugang zum Linienverkehr nach deutschem Luftrecht	126
a) Das Luftverkehrsmonopol	126
b) Die Kodifizierung des deutschen Luftrechts	126
c) Die behördliche Aufsicht im deutschen Luftverkehr	128
d) Die Organisation der Aufsichtsbehörde	130
e) Der rechtliche Status der Luftverkehrs- unternehmungen	132

f)	Die Zulassung zum Linienverkehr	132
aa)	Allgemeines	132
g)	Die Bedürfnisprüfung der Zulassung und das Verfassungsrecht	135
4.	Der Zugang zum Linienverkehr nach franzö- sischem Luftrecht	140
a)	Das Luftverkehrsmonopol	
b)	Die Kodifizierung des französischen Luftrechts	141
c)	Die behördliche Aufsicht im französischen Luftverkehr	141
aa)	Das Secrétariat général à l'Aviation civile	141
bb)	Der Conseil supérieur de l'Aviation marchande	144
d)	Der rechtliche Status der Luftverkehrs- unternehmen	145
e)	Die Zulassung von Luftfahrtunternehmen	146
5.	Die USA, "The citadel of free enterprise" - Der amerikanische Luftverkehr	156
a)	Das Luftverkehrsmonopol	156
b)	Die neue Politik der "open skies"	158
c)	Der Airline Deregulation Act 1977	160
aa)	Allgemeines	160
bb)	Die neue Genehmigungspraxis	161
cc)	Das Automatic Market Entry Program	161
dd)	Die Genehmigung von Vereinbarungen	161
ee)	Unentbehrlicher Lufttransport und Subvention	162
ff)	Die Flugpreise	162
d)	Würdigung	163
e)	Zusammenfassung und Hauptunterschiede zu den europäischen Verhältnissen	166
C.	Resultate und Thesen	167
I.	Allgemein	167
II.	Die Konzession als Öffentlich-rechtliches Instrument eben nur der Intervention	169

3. T E I L : DIE INTERNE BINDUNG DER LUFTVERKEHRSGESELL-	
SCHAFT UEBER IHRE ORGANE, AM BEISPIEL DER	
SWISSAIR MIT VERGLEICHEN	172
A. Die SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Unternehmung	172
I. Die luftverkehrspolitische Ausgangslage nach dem zweiten Weltkrieg als Bestimmungsfaktor der Rechtsform der künftigen Nationalgesellschaft	172
II. Die Rechtsform der SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft als Folge dieser Politik	176
1. Die nationale Einheitsgesellschaft als Ansatzpunkt	176
2. Die Möglichkeiten der Intervention und der Teilnahme an der initialen Willensbildung in der Gesellschaft als Organisationsproblem zwischen Bund und SWISSAIR	177
a) Allgemeines	177
b) Nochmals: Die Grenzen der Interventionsmittel	178
c) Das Ringen um die Staatsbeteiligung in den Organen der Gesellschaft	178
d) Der Streit um die künftige Rechtsform der Gesellschaft in den Materialien der das Luftfahrtgesetz vorberatenden Kommission	182
e) Würdigung	188
III. Die Geschichte der Rechtsform der deutschen Lufthansa AG	189
1. Die ersten Privatunternehmen	189
2. Die "alte" Lufthansa	190
3. Der Wiederaufbau einer nationalen Luftverkehrsgesellschaft nach dem zweiten Weltkrieg	192
IV. Die Geschichte der Rechtsform der Air France	198
V. Die Gründung der SWISSAIR unter dem Aspekt der "Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht"	200
1. Die Voraussetzung	200
2. Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung als Gegenstand verfassungs-, verwaltungs- und gesellschaftsrechtlicher Problematik	201
3. Was heisst "Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht"?	201

4. Die Gründe der Flucht	202
5. Folgerung	204
VI. Die rechtlichen Voraussetzungen der Beteiligung des Gemeinwesens an einer gemischtwirtschaft- lichen Unternehmung	205
1. Die verfassungsrechtliche Problematik der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privaten Organisationsformen	205
a) Das grundsätzliche Schweigen der Ver- fassung	205
b) Die allgemeinen Folgen für die SWISSAIR	206
c) Die besondere Problematik der Beteiligung des Gemeinwesens an privatrechtlichen Unternehmungen	207
aa) Lehrmeinungen, die die Beteiligung für grundsätzlich unzulässig halten	207
bb) Lehrmeinung, die die Beteiligung für grundsätzlich zulässig hält	208
cc) Die vermittelnden Auffassungen	209
d) Die Anwendung auf die SWISSAIR	211
2. Die allgemeinen Entstehungsgründe für gemischtwirtschaftliche Unternehmen	212
a) Motive der öffentlichen Hand	213
b) Die Motive der privaten Wirtschaft	214
3. Die wichtigsten Motive zur Gründung der SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Unternehmung	217
a) Die Falschheit schematisierten Denkens	217
b) Die Entstehung der SWISSAIR als gemischt- wirtschaftliche Unternehmung aus einer Kapitalerhöhung der vormaligen Privat- gesellschaft	217
c) Die Hauptmotive der Privatwirtschaft	218
d) Die Hauptmotive der öffentlich-rechtlichen Körperschaften	220
4. Das öffentliche Beteiligungsinteresse nach Art. 762 Abs. 1 OR	221
a) Das Prinzip des Art. 762 OR	221
b) Das öffentliche Beteiligungsinteresse als objektive Voraussetzung für die Einräumung der Sonderstellung der öffentlich-rechtli- chen Körperschaft in der Gesellschaft	

VII. Gegenstand und Zweck der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft SWISSAIR als Ansatzpunkt der Konkretisierung des Begriffes des öffentlichen Beteiligungsinteresses	223
1. Methodische Vorbemerkung	223
2. Die theoretischen Grundlagen	224
a) Der Gesellschaftszweck im schweizerischen Aktienrecht	224
b) Die Regelung im deutschen Aktienrecht	226
c) Unternehmenszweck und Beteiligungszweck	227
d) Die Voraussetzungen der Beteiligung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften an einer AG nach schweizerischem Aktienrecht	228
e) Die Voraussetzungen nach deutschem Aktienrecht	229
aa) Der numerus clausus der in Frage kommenden Gesellschaftsformen nach § 48 aRHO	229
bb) Die Voraussetzungen nach § 65 BHO	231
3. Die praktische Anwendung der Erkenntnisse auf die SWISSAIR	234
a) Methodische Vorbemerkung	234
b) Zweck und Gegenstand der SWISSAIR als Ansatzpunkte des öffentlichen Beteiligungsinteresses	235
c) Der Zweck der Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes als Oberbegriff und statutarischer Bezugspunkt des Beteiligungsinteresses	236
VIII. Die Bestandteile des öffentlichen Beteiligungsinteresses in der Luftverkehrsgesellschaft	239
1. Fragestellung	239
2. Nochmals: Die Begrenztheit des interventionistischen öffentlich-rechtlichen Instrumentariums und das Gesellschaftsrecht	239
3. Die Interessen mit politischem Hintergrund	240
a) Die staatliche Beteiligung als Ausfluss der staatlichen Daseinsvorsorge	240
aa) Der Begriff der Daseinsvorsorge nach der Konzeption Forsthoffs	240
bb) Die Kritik an der Konzeption Forsthoffs	242
cc) Der Umfang der Daseinsvorsorge in der praktischen Verwendung des Begriffs	243

b)	Das Gemeinwohl als Richtschnur jeder Staatstätigkeit und die inhaltliche Ausfüllung dieses Begriffes nach A. von Loesch	243
IX.	Die Konsequenzen für den Luftverkehr	248
1.	Nochmals: Luftverkehr und Leistungsverwaltung	248
2.	Luftverkehr und Daseinsvorsorge	248
3.	Luftverkehr und Gemeinwohl	250
a)	Sicherheit und Gemeinwohl	251
b)	Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und Gemeinwohl	251
c)	Umweltschutz und Gemeinwohl	252
d)	Volkswirtschaftlicher Nutzen und Gemeinwohl	256
e)	Militärischer Nutzen und Gemeinwohl	261
4.	Die Luftfahrt als Teilbereich anderer Systeme und die öffentliche und private Integrationsaufgabe	263
5.	Die gemeinsame Basis der Mitgliedschaften in Organisationen und Verträgen der Luftfahrt	265
6.	Die Lage der Deutschen Lufthansa AG, ausgehend von ihrem Gegenstand und Zweck	266
B.	Der Endzweck, bzw. der Gesellschaftszweck stricto sensu der Gewinnerzielung als typischer Endzweck der AG im allgemeinen und seine besondere Problematik im Recht der gemischtwirtschaftlichen AG am Beispiel der SWISSAIR	268
I.	Der allgemeine Gesellschaftszweck stricto sensu der privaten AG	268
II.	Der allgemeine Gesellschaftszweck stricto sensu der privaten AG als Komponente der Zweckbestimmung der gemischtwirtschaftlichen AG	268
1.	Die unbedingte Bindung des öffentlichen Beteiligungszweckes primär an das Gemeinwohl	269
2.	Dagegen: Der Grundsatz der Freiheit des privaten Beteiligungszweckes zwischen Gemeinwohl und Gewinnstreben	272
3.	Der gemeinsame Zweck der gemischtwirtschaftlichen AG als Kompromiss und sein Ausdruck in den Statuten im allgemeinen und im besonderen bei der SWISSAIR	275
a)	Allgemeines	275
b)	Das Verhältnis des Kompromisses zum Recht auf Dividende als wohlerworbenes Recht des Aktionärs	276

c) Die Aufnahme des Kompromisses in die Statuten	278
d) Die Formel der SWISSAIR-Statuten	280
4. Die Rechtsverhältnisse der Lufthansa	287
5. Die Bedeutung der Zweckumschreibung für die AG und das Handeln ihrer Organe	289
C. Die Möglichkeiten und Grenzen der staatlichen Einflussnahme auf die AG über ihre Organe	292
I. Der Grundsatz in Art. 762 OR	292
II. Die Einflussnahme über die einzelnen Gesellschaftsorgane	294
1. Der Einfluss über die General-, bzw. Hauptversammlung der Aktionäre	294
2. Die Einflussweiterung des staatlichen Aktionärs durch die Stimmrechtsaktie und das erweiterte Informationsrecht als Sonderrechte	301
a) Die Stimmrechtsaktie im schweizerischen Aktienrecht	301
b) Die Mehrstimmrechtsaktie im deutschen Aktienrecht	302
c) Das besondere Informationsrecht des staatlichen Aktionärs	304
3. Der Einfluss über den Verwaltungs-, bzw. Aufsichtsrat und die Direktion, bzw. den Vorstand	305
a) Schweizerisches und deutsches Aktienrecht	305
b) Die Bedeutung der Direktion, bzw. des Vorstandes für die gemischtwirtschaftliche AG	310
c) Die Bedeutung des Verwaltungs-, bzw. Aufsichtsrates für die gemischtwirtschaftliche AG	312
4. Zwei Beispiele von Verwaltungs-, bzw. Aufsichtsräten gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften	317
a) Der Verwaltungsrat der SWISSAIR	317
aa) Die statutarischen Grundlagen	317
bb) Die Differenz zwischen Kapital- und Verwaltungsanteil	
b) Der Aufsichtsrat der Lufthansa	319
c) Würdigung	319

5. Die Verwaltung von Air France	320
a) Technische und wirtschaftliche Kontrolle	320
b) Die Rechtsform der Gesellschaft im Vergleich	322
D. Schluss: Der Versuch einer neuen Typisierung der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft	328
E. Anhang	340

LITERATURVERZEICHNIS

Die Autoren werden in der Arbeit nach dem Namen zitiert. Bei mehreren Werken des selben oder gleichnamigen Autors wird ein Stichwort aus dem Titel angefügt. Das Literaturverzeichnis gibt auch an, welche eventuellen Kurzformen als Zitat verwendet werden. Bei Dissertationen wird der Hochschulort zitiert. Das Literaturverzeichnis unterscheidet nicht nach Büchern und Aufsätzen. Bei letzteren wird selbstverständlich auf die Quelle verwiesen.

Air France, Enterprise nationale de transports aériens, in: Notes et Etudes Documentaires (hrsg. La Documentation Française), 30. Dez. 1971, Nr. 3849/3850.

Amstutz, E., Bericht der Kommission zur Schaffung einer nationalen schweizerischen Luftverkehrsunternehmung an das Eidgenössische Post- und Eisenbahndepartement vom 21.4.1947, (zit: Bericht Amstutz).

Arbenz, E., Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1929.

Arnemann, J.H., Das Flugnetz der LUFTHANSA als Beispiel der Netzgestaltung der nationalen Gesellschaft eines grossen europäischen Industriestaates - eine verkehrsgeographische und politische Interpretation. Diplomarbeit, Frankfurt a.M. 1979.

Aubel, P. van, Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959, S. 877-892.

Badura, P., Verwaltungsmonopol. Berlin 1963.

Bai, A., Luftrecht und Grundeigentum. Diss. Zürich 1955.

Beine, R., Struktur und Organisation des Luftverkehrs, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 15 ff.

Berendt, G., Die Entwicklung der Marktstruktur im internationalen Luftverkehr. Diss. Hamburg 1960.

Bericht des Bundesamtes für Zivilluftfahrt über die schweizerische Luftfahrtpolitik 1980. Bern, 31. Juni 1980, (zit: LFPO 80).

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation des schweizerischen Luftverkehrs und die schweizerische Luftverkehrspolitik. BBl. (zit: LFPO 53).

Bietenberg, J., Die Freiheit des Luftraumes. Diss. Heidelberg, Mersenburg 1911.

- Bolsenkötter, H., Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung in der Energiewirtschaft der Bundesrepublik Deutschland und Westberlins, Diss. Köln 1960.
- Bongers, H.M., Deutscher Luftverkehr. Bad Godesberg 1967.
- Es lag in der Luft. Erinnerungen aus fünf Jahrzehnten Luftverkehr. Düsseldorf-Wien 1971.
- Brödemann, W., Die haushaltrechtliche Prüfung der Geschäftsführung bei Industrieunternehmen mit Beteiligung des Bundes oder der Länder. Diss. Berlin 1967.
- Buchwald, P., Hauptprobleme des heutigen und künftigen Luftverkehrs, Eine Untersuchung der verkehrspolitischen Probleme des internationalen Personenluftverkehrs unter besonderer Berücksichtigung von Grossraumflugzeugen. Zweite Aufl., Bad Homburg 1974.
- Bürgi, W./Nordmann-Zimmermann, U., Kommentar zum Schweizerischen ZGB, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Art. 739-771. Zürich 1979. (zit: Bürgi/Nordmann).
- Burchard, H.J., Die internationalen Organisationen des Luftverkehrs, "Europa Archiv", Frankfurt a.M., Jg. 7 (1952), S. 5209-5217.
- Preiskartell im internationalen Luftverkehr, "Wirtschaftsdienst", Hamburg, Jg. 32 (1952), S. 103-107.
- Burckhardt, W., Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931. (zit: Burckhardt, Komm. BV.).
- Schweizerisches Bundesrecht. Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903. Band V, Frauenfeld 1931.
- Celio, E., Die Organisation des schweizerischen Luftverkehrs. Exposé für die Verhandlungen der das Luftfahrtgesetz vorschlagenden Kommissionen vom 7.3.1946. SWISSAIR-Archiv. (zit: Exposé Celio).
- Corradini, A., Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der G.m.b.H., Diss. Bern 1933.
- Culmann, H., Preisbildung und Wettbewerb im nationalen und grenzüberschreitenden Luftverkehr, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V., (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 84 ff.
- Dausies, R.E.G., A history of the world's airlines. London, New York, Toronto 1964.
- Dénéréaz, D., Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé. ZSR, NF 1953, S. 1 a ff.
- Diederich, W., Technische und wirtschaftliche Probleme des Flughafenbetriebes, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V., Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 174 ff.

- Dielmann, H.J., Die Beteiligung der öffentlichen Hand an Kapitalgesellschaften und die Anwendung des Rechts der verbundenen Unternehmen. Diss. Frankfurt a.M. 1977.
- Dirlewanger, G., Die Preisdifferenzierung im internationalen Luftverkehr, eine empirische Studie, Diss. Bern 1969.
- Eichhorn, P., Entstehungsgründe für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (BFuP), Herne/Berlin Jg. 21 (Juni 1969), S. 346-353. (zit: Eichhorn, Entstehungsgründe).
- Wer bestimmt die Geschäftspolitik im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen? Erster Teil, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (BFuP), Herne/Berlin Jg. 20 (April 1968), S. 215-228.
 - Wer bestimmt die Geschäftspolitik im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen? Zweiter Teil, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (BFuP), Herne/Berlin Jg. 20 (April 1968), S. 277-295.
 - Zum Begriff des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (BFuP), Herne/Berlin Jg. 18 (Nov./Dez. 1966), S. 609-619.
- Europäisches Parlament: Terminologische Liste verkehrswirtschaftlicher Begriffe mit besonderer Berücksichtigung der Kostenfragen, in: Sitzungsdokumente 1961-62.
- Erb, K., Rechtstellung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Bankunternehmen in der Schweiz. Diss. Zürich 1938.
- Etter, P., Die Polizeirechtsetzung gegen Luftfahrtmissionen in der Schweiz. Diss. Zürich 1979.
- Eynern, G. von, Gemeinwirtschaftliche Bindung von Unternehmen, Schriftenreihe Gemeinwirtschaft Nr. 17, hrsg. von der Bank für Gemeinwirtschaft Aktiengesellschaft, Frankfurt a.M./Köln 1975.
- Fett, R., Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland. Diss. Frankfurt a.M. 1978.
- Fischer, R., Die Aktiengesellschaft, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, Abt. 1, Kap. 3, Abschnitt 1.
- Flechtner, A., Wirtschaftlichkeit und Rentabilität im Luftverkehr. Diss. Berlin 1959.
- Fleiner, F., Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes, 1. A., Tübingen 1911; 5. A., ebd. 1920; 8. A., ebd. 1928; 8. A. Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939. (zit: Fleiner, Institutionen).
- Fleiner, Th., Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. überarb. Aufl., Zürich 1970. (zit: Fleiner, Verwaltungsrecht).
- Polliot, M.G., Le Transport Aérien International. Evolution et Perspectives. Paris 1977.

- Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allg. Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966.
(zit: Forsthoff, Verwaltungsrecht).
- Die Verwaltung als Leistungsträger. Königsberger rechtswissenschaftliche Forschungen, Bd. 2, Stuttgart und Berlin 1938. (zit: Forsthoff, Leistungsträger).
 - Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Köln-Marienburg 1958. (zit: Forsthoff, Daseinsvorsorge).
- Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A., Einführung in das schweizerische Aktienrecht. Bern, 1981
- Frederick, J.H., Commercial Air Transportation. Chicago 1951.
- Frerich, J./Pötsch, R., Kartellierung im internationalen Linienluftverkehr - Zur Frage der Stabilität des IATA-Kartells. Köln-Bochalt 1976.
- Fretz, R., SWISSAIR im Kampf und Aufstieg. Ein autobiographischer Beitrag zur Geschichte der SWISSAIR. Zürich 1973.
- Gasser, E.B., Die staatliche Regulierung des Wettbewerbes im internationalen amerikanischen Luftverkehr. Ein Beispiel gelenkter Konkurrenz in der Wirtschaft.
- Giacometti, Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1948, Neudruck 1965. (zit: Giacometti, Bundesstaatsrecht).
- Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts. 1. Bd., Zürich 1960. (zit: Giacometti, Verwaltungsrecht).
- Gimbel, H., Ein Beitrag zu den privatrechtlichen und öffentlichen Problemen des Charterverkehrs unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und Deutschland. Diss. Zürich 1974.
- Häberlin, P., Die staatlichen Interventionen im Fremdenverkehr. Diss. Zürich 1969.
- Heinrich, W., Wirtschaftspolitik, I. Bd., 2. neubearb. Aufl. Berlin 1964.
- Herzog, H., Probleme der Wirtschaftlichkeit im gewerbsmässigen Luftverkehr. Diss. Basel 1965.
- Heusser, W., Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem. Diss. Zürich 1949.
- Hill, W., Die Bedeutung des Luftverkehrs für die Schweiz. Institut für Betriebswirtschaft an der Hochschule St.Gallen. Bern 1957.
- Holtzschmidt, C., Grenzen der privatrechtlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Diss. Freiburg i.Br. 1966.
- Houin, R./Gravenstein, V., Ausländische Aktiengesetze, Bd. 4, Französisches Gesellschaftsrecht. Frankfurt a.M. 1968.

- Hübenthal, K., Kritische Beurteilung des Tarifgefüges für den planmässigen internationalen Personenluftverkehr unter besonderer Berücksichtigung der Marktstruktur. Diss. Köln 1970.
- Huber, A.P., Die Tarifierung im Luftverkehr, in: Schweizerische Zeitschrift für Verkehrswirtschaft, Nr. 4, Dez. 1977, 32. Jg., S. 27-31.
- Hug, W., Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinde, in: Festgabe Fleiner 1937, S. 131 ff.
- Illetschko, L.L., Transportbetriebswirtschaft im Grundriss, Wien 1957.
- Transportbetriebswirtschaftslehre, 2. Neubearb. Auflage, Wien-New York 1966.
- Johanning, F.W., Der Wiederaufbau der kommerziellen Zivilluftfahrt der Bundesrepublik Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg. Diss. Köln 1963.
- Kamer, F., Zur Marktforschung im Luftverkehr. Struktur, Bestimmungsg Gründe und Erforschung der Nachfrage im regelmässigen Personen-Luftverkehr. Diss. Zürich 1968.
- Karehnke, H., Sollen Beteiligungen des Staates an Unternehmen auf Stiftungen privaten Rechts übergeleitet werden? "Der öffentliche Haushalt", Jg. 13 (1972), S. 30 ff.
- (zit: Karehnke, Sollen Beteiligungen).
- Privatrechtliche Unternehmen mit Beteiligung von Gebietskörperschaften. "Der öffentliche Haushalt", Jg. 13 (1972), S. 193 ff. (zit: Karehnke, Privatrechtliche Unternehmen).
 - Einzelfragen zur Anwendung des Handelsrechts. "Der öffentliche Haushalt", Jg. 12 (1971), S. 44 ff.
- (zit: Karehnke, Einzelfragen).
- Keller, A., Der Versuch einer multilateralen Regelung der kommerziellen Rechte des internationalen Luftverkehrs und die schweizerische Luftverkehrspolitik der Nachkriegszeit. Diss. Bern 1952.
- Krexa, H., Das Verhältnis von Staat und Luftverkehrsunternehmen. Diss. Göttingen 1937.
- Kumbier, G., Zusammenarbeit Deutsche Bundesbahn und Lufthansa, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 97 ff.
- Lätsch, O., Grundlagen des öffentlichen Luftrechtes in der Schweiz. Diss. Zürich 1935.
- Langner, E., Dynamische Politik im europäischen Luftverkehr. Diss. München 1968.
- Lechner, K., Verkehrsbetriebslehre. Stuttgart 1963.
- Lissitzyn, O.J., International Air Transport and national Policy. New York 1942.

Loesch, A. von, Die gemeinwirtschaftliche Unternehmung.
Köln 1977.

Lohl, R., Möglichkeiten und Grenzen der staatlichen Betätigung bei Unternehmen. "Der öffentliche Haushalt", Jg. 12 (1971), S. 24. ff.

Marfeld, A.F., Weltluftfahrt. Berlin 1967.

Marti, H., Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln. Bern 1950. (zit: Marti HGF).

Marx, J., Die regionalpolitische Rolle des regionalen Luftverkehrs. Diss. Zürich 1974.

May, K., Aufgaben und Arbeitsweise der Flugsicherung, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 149 ff.

Mayer, A., Die Freiheit der Luft als Rechtsproblem. Zürich 1944.

- Internationale Luftfahrtabkommen, Bd. I, Köln-Berlin 1953.
- Internationale Luftfahrtabkommen, Bd. III, Köln-Berlin 1957.
- Eine Flugreise in rechtlicher Beleuchtung, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 206 ff.
- Der internationale Luftlinienverkehr und der internationale entgeltliche Gelegenheitsverkehr nach geltendem Recht und de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung einer Koordinierung des europäischen Luftrechts. in: ZLR 1954, S. 223 ff.

Müller, P.R., Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts. Diss. St. Gallen 1970.

(zit: Müller, Gemeinwesen).

Neff, E., Linienverkehr und Bedarfsverkehr nach schweizerischem Luftrecht. Diss. Zürich 1973.

Nievergelt, W., Subventionierung des Luftverkehrs. Diss. Zürich 1936.

Orlovius, H., Verkehrspolitische Grundsatzfragen des Luftverkehrs, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 127 ff.

Praxmarer, W., Die Stellung der SWISSAIR im Nachkriegs-Luftverkehr. Eine verkehrsstatistische Untersuchung zwischen der nationalen schweizerischen Luftverkehrsgesellschaft und ausländischen Flugunternehmungen. Diss. Zürich 1954.

Protokolle der nationalrätlichen Kommission aus den Verhandlungen zum Bundesgesetz über die Luftfahrt (Archiv des Bundesamtes für Zivilluftfahrt).

Protokolle der ständerätlichen Kommission aus den Verhandlungen zum Bundesgesetz über die Luftfahrt (Archiv des Bundesamtes für Zivilluftfahrt).

- Riese, O., Luftrecht. Das internationale Recht der Zivilluftfahrt unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts. Stuttgart 1949.
- Rodière, R., Droit des Transports. Transports terrestres et aériens. Paris 1977.
- Rössger, E./Hünemann, K.B., Einführung in die Luftverkehrspolitik. Hochschulschriften Bibliographisches Institut. Mannheim 1968.
- Rotondi, M., Rechtsvergleichende Untersuchung über Aktiengesellschaften, Bd. 4, Kluwer, The Netherlands 1974.
- Ruck, E., Schweizerisches Elektrizitätsrecht. Zürich 1946.
- Rüfner, W., Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 44, Berner Habilitationsschrift. Berlin 1967.
- Simon, E., Technische Grundsatzfragen des Luftverkehrs, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 55 ff.
- Scharlach, H., Organisation und Tätigkeitsbereich eines Luftfahrtunternehmens, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 111 ff.
- Schluep, W.R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht. Diss. St. Gallen 1955.
- Schürmann, L., Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation. ZSR, NF, 1953, S. 65 a ff.
- Schweickhardt, A., Die Rechte und Befugnisse des Eidgenössischen Luftamtes als Tarifbehörde im nationalen und internationalen Luftverkehr. Referat gehalten an der Luftrechtstagung der Schweizerischen Vereinigung für Luft- und Raumrecht, am 28. und 29. Oktober 1976 in Basel.
(zit: Schweickhardt, Die Rechte und Befugnisse).
- Specht, W., Die IATA. Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 78, Bern, Frankfurt a.M. 1973.
- Staehelin, B., Rechtsprobleme des Bedarfsluftverkehrs, in: Studententagung für Luftrecht, 7 Referate, gehalten am 11./12. November an der Universität Freiburg i.Ue., hrsg. von der Schweizerischen Vereinigung für Luftrecht, Zürich 1961, S. 37 ff.
(zit: Staehelin, Rechtsprobleme).
- Die Schweizerische Verkehrswirtschaft stellt sich vor: Die SWISSAIR, Schweizerische Luftverkehrs AG, in: Schweizerische Zeitschrift für Verkehrswirtschaft, 35, 1 (1980), S. 28-31.
(zit: Staehelin, SWISSAIR).
- Stahlenbrecher, H., Die Preisbildung im internationalen Linien-Luftverkehr. Diss. Hamburg 1964.

- Stamm, R., Oekonomische Betrachtungen zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Schweizerischen Bundesbahnen. Europäische Hochschulschriften, Reihe V, Volks- und Betriebswirtschaft, Band 232, Bern-Frankfurt a.M./Las Vegas 1979.
- Stier, A., Der Verwaltungsrat einer Schweizer Aktiengesellschaft, Vorstand und Aufsichtsrat einer Deutschen Aktiengesellschaft - Gegenüberstellung der Funktionen und Aufgaben. Veröffentlichungen der Handelskammer Deutschland-Schweiz, neu überarbeitete Auflage, Oktober 1978.
- Stoffel, A., Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften. Diss. St. Gallen 1975.
- Tautscher, A., Die öffentlichen Unternehmen und ihre wirtschaftspolitischen Aufgaben, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 109 (1953), S. 398 ff.
- Thiemeyer, Th., Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe. Hamburg 1975.
- Tilgenkamp, E., Der Luftverkehr. Seine Entstehung und Entwicklung, seine ökonomischen Grundlagen. Diss. Zürich 1924.
- Trott, J. von, zu Solz, Die staatlich beeinflusste Aktiengesellschaft als Instrument der öffentlichen Verwaltung. Diss. Berlin 1975.
- Umlauf, H., Das Marketing-System von Gesellschaften des Linienflugverkehrs. Diss. St. Gallen 1975.
- Usteri, M., Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts. Zürcher Habilitationsschrift. Estratto dall'Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, Vol. XXXVIII, Fasc. 3, Rom 1964, S. 167 ff.
- Wegerdt, A./Reuss, K.F., Deutsche Luftfahrtgesetzgebung, 5. Aufl., Mannheim 1970.
- Wheatcroft, St., Air Transport Policy. London 1964.
- The Economics of European Air Transport. Manchester 1956.
- Wileke, R., Wirtschaftliche Gestaltungstendenzen des modernen Luftverkehrs, in: Problemkreis Luftverkehr, Schriftenreihe der Deutschen verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG), Reihe B 2 Kurs II, Köln 1967, S. 1 ff.
- Wolf, G., Die Entwicklung des Weltluftverkehrs nach dem zweiten Weltkrieg. Kieler Studien. Tübingen 1967.
- Zandtke, S., ABC des Luftverkehrs, 3. überarb. Aufl. Hamburg 1976.

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A./Aufl.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort. (Das Werk ist im Literaturverzeichnis enthalten)
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
arHO	alte Reichs - Haushaltsordnung
Art.	Artikel
AS	Sammlung der eidgenössischen Gesetze. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
BA	Bermuda-Abkommen
BAZL	Bundesamt für Zivilluftfahrt (Luftamt)
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd. (Bde.)	Band, (Bände)
Bem.	Bemerkung
BG	Bundesgesetz
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BHO	(Deutsche) Bundes-Haushaltsordnung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848-1947
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
ChicAbk.	Chicagoer Abkommen
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DLH	Deutsche Lufthansa
DÖH	Der öffentliche Haushalt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
ebd.	ebenda (in der Regel in den Fussnoten verwendet. Bezieht sich auf die unmittelbar vorangegangene Stellenangabe)
ECAC	European Civil Aviation Conference
EPED	Eidgenössisches Post- und Eisenbahndepartement
EPTL	Europäisches Parlament, Terminologische Liste
EVED	Eidgenössisches Verkehrs- und Energiewirtschaftsdep.
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GV	Generalversammlung
GwU	Gemischtwirtschaftliche Unternehmung
hrsg.	herausgegeben
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
HV	Hauptversammlung
H.v.V.	Hervorhebung vom Verfasser (Unterstreichung oder (!) in einem Zitat)
IATA	International Air Traffic Organisation
ICAO	International Civil Aviation Organisation
i.V.	in Verbindung mit

Komm.	Kommentar
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt
LFGProtNRK	Protokoll der das Luftfahrtgesetz vorberatenden nationalrätlichen Kommission
LFGProtStRK	Protokoll der das Luftfahrtgesetz vorberatenden ständerätlichen Kommission
LFV	Verordnung über die Luftfahrt
LuftVG	Luftverkehrsgesetz der BRD
LuftVZO	Luftverkehrszulassungsordnung der BRD
LVG	Luftverkehrsgesellschaft
LFPO	Luftfahrtpolitik
NF	Neue Fassung
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Prot	Protokoll
PTT	Schweizerische Post-, Telefon- und Telegraphenbetriebe
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SG	Schriftenreihe Gemeinwirtschaft
SR	SWISSAIR
SRKo	SWISSAIR-Konzession
vgl.	vergleiche
zit.	zitiert
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrechtsfragen
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1. T E I L : W E S E N U N D S Y S T E M D E S L U F T V E R K E H R S

A. BEGRIFFLICHES

I. LUFTFAHRT UND LUFTVERKEHR

Der Begriff des Verkehrswesens als "die Gesamtheit der Erscheinungen, die im engeren oder weiteren Sinne mit dem Verkehr zusammenhängen"¹, lässt sich nach den Verkehrsmedien² in drei Verkehrsarten unterteilen: in Landverkehr, Wasser- verkehr und Luftverkehr. Dabei lässt sich der Luftverkehr definieren als "Gesamtheit aller Vorgänge, die der Ortsver- änderung von Personen, Fracht und Post auf dem Luftwege dienen"³. Die Bezeichnung "Luftfahrt" wird verwendet, wenn neben den am Luftverkehr beteiligten Dienstleistungsbetrie- ben auch die Sachleistungsbetriebe wie Flugzeughersteller, Flugplätze und Flugsicherungsanlagen begrifflich miterfasst werden sollen.⁴

II. DIE LUFTVERKEHRSGESELLSCHAFT UND IHR FUNKTIONSBEREICH

Ein Charakteristikum des Luftverkehrs ist die grosse Zahl und die starke Trennung seiner verschiedenen Funktionsträger.⁵ Als solche finden wir Flugsicherung und Flugwetterdienst als Träger der Wegsicherungsfunktion, Flughafengesellschaften als Träger der Abfertigungs- und einer teilweisen Wegsiche-

1 EPTL Dokument 106, S. 7, 11. Dez. 1961.

2 Andere Unterteilungen, vgl. etwa Buchwald, S. 1 f. u. Anm.

3 Rössger/Hünemann, S. 2.

4 Vgl. dies., S. 3.

5 Vgl. Rössger, Verkehrswege in der Luftfahrt, in: Verkehrs- wissenschaftliche Arbeit in der Bundesrepublik Deutsch- land, eine prognostische Bilanz, Schriftenreihe der DVWG, Reihe S; Sonderdrucke - S1 -, Köln 1969, S. 8; vgl. ferner Rössger/Hünemann, S. 6, Illetschko, Transport-Betriebs- wirtschaftslehre, S. 10.

rungsfunktion und einer Hilfsfunktion auf verschiedenen Gebieten. Reisebüros und Luftfrachtspeeditionen figurieren als Träger von Abfertigungs- und Hilfsfunktionen bei Personen-transport, Gütertransport und -umschlag. Im Hintergrund wirken die Transportversicherung und weitere Träger von Hilfsfunktionen.

Neben all diesen Funktionsträgern erscheint die Luftverkehrsgesellschaft als die Trägerin der Beförderungsfunktion, wobei sie auch einen Teil der Abfertigungsfunktion übernimmt. Sie stellt die Flugzeuge, samt Besatzung bereit, sie übernimmt die Flugplanung, in Abstimmung mit der Flugsicherung, ferner ist sie gegenüber dem Kunden primär verantwortlich für eine sichere und pünktliche Durchführung der Flüge. In ihren Verantwortungsbereich fallen ebenfalls die Wartung und Ueberwachung des Fluggeräts, häufig auch die Schulung des Personals, die Ausübung der Bodendienste und vieles andere mehr.

Die grosse Zahl der Funktionsträger erhöht durch ihre starke Spezialisierung die Schwierigkeit der gegenseitigen Koordination und durch ihre Komplexität den Betriebsablauf wesentlich. Einfacher gestalten sich die Verhältnisse bei anderen Verkehrsarten, wo eine weniger starke Funktionsteilung festzustellen ist. Dies trifft namentlich auf die Eisenbahngesellschaften zu, wo regelmässig Beförderungs-, Abfertigungs- und Wegsicherungsfunktion in einer Hand vereinigt sind.⁶

Als Rechtsform für die Luftverkehrsgesellschaft dominiert die Aktiengesellschaft. In den USA finden wir ausschliesslich Gesellschaften in Privatbesitz, in den übrigen Ländern überwiegen die staatlichen und gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften. Dies verdeutlicht eine Statistik⁷:

6 Vgl. Rössger/Hünemann, S. 6 f.

7 Quelle: Interavia, 25. Jg. (1970) Heft 10, S. 1235.

<u>Staatsbeteiligung in %</u>	<u>Anzahl IATA-Gesellschaften</u>
0	33
1 - 30	5
30 - 50	7
50 - 80	9
80 - 99	12
100	38

III. DIE MERKMALE UND ARTEN DES LUFTVERKEHRS⁸

1. Die Merkmale

Zweifellos die beiden Hauptmerkmale des Luftverkehrs stellen seine grosse Transportgeschwindigkeit und seine Unabhängigkeit von terrestrischen Hindernissen dar. Er ist das Raumüberwindungsmedium für grosse Entfernungen in kurzer Zeit. In kleinen Ländern, zu denen auch die Schweiz zu rechnen ist, bedeutet Luftverkehr meistens internationaler Verkehr. Die Inlanddistanzen sind zu kurz für einen bedeutenden nationalen Luftverkehr. Andere Verhältnisse herrschen beispielsweise bereits in Frankreich, das einen bedeutenden Inlandverkehr kennt, von den USA ganz zu schweigen, wo man schon von Kontinental-Luftverkehr sprechen muss. Ein weiteres Merkmal besteht darin, dass der eigentliche "Verkehrsweg", im Gegensatz zum Schienen und Strassenverkehr, nicht neu geschaffen werden muss; die Luftfahrt benützt den Raum zu ihrer Entfaltung. Aber dennoch hüte man sich vor der Illusion, dieser sei unbeschränkt "vorhanden". Im Gegenteil. Dieser Raum ist in der Gegenwart vielerorts zu einem knappen Gut geworden, das wie die terrestrischen Verkehrswege der Organisation und "Bewirtschaftung" bedarf. Daneben kann auch der Luftverkehr auf Bodeneinrichtungen nicht verzichten. Er benötigt Flugplätze mit ihrer gesamten Infrastruktur.

⁸ Vgl. Rössger/Hünemann, S. 14 ff., Keller, S. 6 ff.

Nachteilig mag der Preis für diese Verkehrsleistung erscheinen. Er ist im doppelten Sinne hoch. Der Luftverkehr operiert mit einem teuren, weil hochkomplizierten und überdurchschnittlich sicherheitsbedürftigen Gerät. Regelmässigkeit, Pünktlichkeit und Sicherheit sind aber heute durch den hohen Stand dieser Technik und der Elektronik gewährleistet, im Gegensatz zu früher. Ebenfalls teuer sind die Betriebsstoffe, einmal im Ankauf und ferner, weil sie langsam aber sicher zur Neige gehen und als Basisstoffe für andere Technologien fehlen werden, so dass es mit der Zeit als verantwortungslos angesehen werden muss, sie zu "verpuffen". Man wird nach Alternativen suchen müssen. Im anderen Sinne hoch ist der Preis, weil wir ihn mit massiven Umweltbelastungen bezahlen müssen. Lärm, Abgase und der Landbedarf der Bodenorganisation sind die Hauptfaktoren.⁹

In beiden Fällen müssen die Vor- und Nachteile abgewogen werden.

Der Kunde muss entscheiden, wieviel Geld ihm der Zeitgewinn wert ist, der Bürger und der Politiker muss die Vor- und Nachteile des Luftverkehrs abwägen und einen gangbaren Weg zwischen Nutzen und Umweltbelastung des Luftverkehrs suchen. Der Verfasser ist aber wie viele andere der Meinung, dass heute der Luftverkehr nicht mehr wegzudenken ist. Dazu kommt, dass mit gutem Gewissen behauptet werden darf, dass in der Schweiz punkto Umweltschutz im Luftverkehr Ueberdurchschnittliches geleistet wird, nicht zuletzt gegenwärtig mit der Flugzeugbeschaffung der Swissair, wo besonderes Augenmerk auf niedrigen Treibstoffverbrauch und niedrige Lärmentwicklung gelegt wurde.

Neben diesen Merkmalen wird der Luftverkehr, insbesondere die Luftverkehrsgesellschaft, von verschiedenen weiteren

⁹ Vgl. LFPO 53, S. 762 ff., LFPO 80, S. 9 f.

Faktoren in einer nur ihr eigenen Akkumulation geprägt:¹⁰

- Die Verkehrsleistung ist weder auf Vorrat produzierbar noch speicherbar.
- Es herrschen grosse saisonbedingte Schwankungen in der Nachfrage.
- Die Transportkapazität muss von der Luftverkehrsgesellschaft auf die Saisonspitze ausgerichtet sein. Dies führt über das Jahr zu sehr unterschiedlichen durchschnittlichen Auslastungsgraden zwischen 40 und 90 %.
- Es besteht ein hoher Fixkostenanteil durch die hohe Anlageintensität, was für die gesamte Verkehrswirtschaft typisch ist; d.h., es besteht ein hoher Anteil an beschäftigungsunabhängigen Kosten an den Gesamtkosten, der in der Regel bei über 60 % liegt.¹¹
- Dazu kommt, dass ein Teil der Personalkosten aufgrund langfristiger Verträge ebenfalls zu den Fixkosten gerechnet werden muss.¹²
- Aufgrund der hohen Anlageintensität ist das Angebot der Flughäfen und Flugsicherungen weitgehend unelastisch.¹³ Auch das Angebot der Fluggesellschaften ist relativ unflexibel. Eine sofortige Anpassung der Beförderungskapazitäten an ein verändertes Nachfragevolumen ist kurzfristig kaum möglich.
- Die Preiselastizität der Nachfrage ist unterschiedlich ausgebildet. Sie bedeutet die relative Aenderung der Nachfrage im Verhältnis zur relativen Aenderung der

10 Ausführlicher: Buchwald, S. 11, spez. Anm. 1 und 2.

11 Vgl. Aberle, Oekonomische Grundsatzfragen des Luftverkehrs, in: Problemkreis Luftverkehr, S. 343.

12 Vgl. Linden, Grundzüge der Verkehrspolitik, Wiesbaden 1961, S. 12.

13 Rössger/Hünemann, S. 16.

Preise, wobei Luftverkehrsleistungen in der Regel als elastisch gelten in Abhängigkeit vom Reisegrund: die Nachfrage der Geschäftsreisenden ist wesentlich preisunempfindlicher als die der Urlaubs- und sonstigen Privatreisenden.¹⁴

- Es besteht ein reger Wettbewerb zwischen privaten und staatlichen Unternehmen. Die nationale Luftverkehrspolitik der einzelnen Länder führt zu unterschiedlichen Beziehungen zwischen dem Staat und seinen Luftverkehrsgesellschaften. Diese Tatsache manifestiert sich in der verschiedenen Beteiligungsstruktur öffentlicher Gemeinwesen. Im Wettbewerb können dadurch private Unternehmen gegenüber staatlich z.T. massiv unterstützten Unternehmen benachteiligt sein.

2. Die Arten

a) Die unproblematischen Unterscheidungen

Je nach der Wahl des Kriteriums lassen sich verschiedene Luftverkehrsarten unterscheiden. Keine Schwierigkeiten bietet die Abgrenzung zwischen zivilem und militärischem Luftverkehr. Weiter unterscheidet man den öffentlichen, jedermann zugänglichen und den privaten Luftverkehr, nach dem Kriterium des Transportobjektes Personen-, Fracht- und Postverkehr, nach der Flugdistanz Kurz-, Mittel- und Langstreckenverkehr und schliesslich den nationalen und internationalen Luftverkehr.

b) Die problematische Unterscheidung: Linien- und Gelegenheitsverkehr¹⁵

Die Diskussion um diese Unterscheidung bedarf besonderen

¹⁴ Vgl. Bongers, Deutscher Luftverkehr, S. 185.

¹⁵ Vgl. hierzu umfassend die Werke von Gimbel und Neff und dort zitierte Literatur.

Augenmerks. Sie bildet im Wettbewerb des internationalen Luftverkehrs heute wohl das terminologische und wettbewerbspolitische Hauptproblem. Dieses muss aber im engeren Zusammenhang mit dem Vertragssystem von Chicago gesehen werden. An dieser Stelle wollen wir uns noch nicht in diese Diskussion einschalten. Dieser Problematik ist ein späterer Abschnitt gewidmet.¹⁶ Die geläufigste Einteilung wird nach folgenden Kriterien vorgenommen:

- Der Linienverkehr zeichnet sich aus durch
 - . Gewerblichkeit
 - . Öffentlichkeit
 - . Regelmässigkeit

Zusätzlich zu diesen Kriterien ist er durch die Veröffentlichung folgender Daten im Flugplan gekennzeichnet: Abflugsort, Abflugszeit, Ankunftsart, Ankunftszeit, Flugpreis.

- Der Gelegenheitsverkehr wird meist negativ umschrieben als aller Luftverkehr, der nicht Linienverkehr ist. Synonym werden die Begriffe "nicht planmässiger Luftverkehr", "Bedarfsluftverkehr", "Charterverkehr", "Ergänzungsluftverkehr", "Sonderluftverkehr" u.v.a.m. verwendet.

Der Verfasser selbst verwendet in der vorliegenden Arbeit den Begriff Gelegenheitsluftverkehr.¹⁷ Die Arbeit wird sich aber fast ausschliesslich mit den Unternehmungen des Linienverkehrs befassen.

16 Vgl. hinten S.19 ff.

17 Soweit nicht in den Quellen andere Bezeichnungen gewählt wurden, die aufgenommen werden müssen.

B. DAS RECHTLICHE SYSTEM DES INTERNATIONALEN LUFTVERKEHRS

I. DIE BINDUNG DES LUFTVERKEHRS AN INTERNATIONALE ABKOMMEN¹⁸

1. Multilaterale Abkommen

a) Das Abkommenssystem von Chicago als Ausgangspunkt der staatlichen Organisation der Zivilluftfahrt¹⁹

aa) Zustandekommen und Ziele

Das Abkommen von Chicago, auch ICAO-Abkommen genannt, ist das unter dem Titel "Convention on International Civil Aviation" am 7. Dezember 1944 unterzeichnete Schlussprotokoll der am 1. November desselben Jahres zum ersten Mal zusammengetretenen Konferenz von Chicago, zu welcher die USA noch während des zweiten Weltkrieges alle Verbündeten und neutralen Staaten eingeladen hatten, um die Verkehrsrechte des internationalen Luftverkehrs neu zu ordnen. Die Ziele der Konferenz waren im einzelnen:²⁰

- Die Anpassung der internationalen Verkehrsregeln an die Entwicklung des Luftverkehrs.
- Die Schaffung einer internationalen Luftfahrtorganisation (ICAO) .
- Die Festlegung der Verkehrsrechte des internationalen Luftverkehrs auf multilateraler Ebene.

¹⁸ Die einzelnen Mitgliedstaaten siehe Tabelle im Anhang.

¹⁹ Vgl. ausführlich Röhme, Die internationale Organisation der zivilen Luftfahrt in ihrem geschichtlichen Werdegang, Diss. Göttingen 1956; Erler, Rechtsfragen der ICAO, Köln, Berlin, Bonn, München 1967; Rehm, Die internationale Zivilluftfahrt-Organisation (ICAO), Ihre Probleme, ihre Aufgaben und ihr Wirken, "Europa-Archiv", Jg.16 (1961) S. 85 ff.; Rosenmöller, Die internationale Organisation der Zivilluftfahrt (ICAO). Ein Beitrag zum Recht der internationalen Organisationen. Diss. Münster 1959. Vgl. ferner Bongers, Deutscher Luftverkehr, S. 43 ff., Neff, S. 36 ff., Folliot, S. 12 ff., Oppikofer, S. 174 a ff.; Riese, S. 97 ff.

²⁰ Vgl. Präambel u. Art. 44 der Convention.

Man ging dabei, vor allem was das letzte Ziel anging, grundsätzlich davon aus, dass der 1941 in der Atlantik-Charta proklamierte Grundsatz der Freiheit der Meere (Art. 7) auch auf die Luft Anwendung finden könne. An der Konferenz wurde allerdings schnell deutlich, dass die Meinungen der 52 teilnehmenden Staaten in diesem Punkt erheblich differierten; je nach dem Interessenshintergrund der einzelnen Staaten. Vor allem die wirtschaftspolitischen Standpunkte zwischen Dirigismus und Liberalisierung deuteten die Schwierigkeit einer einheitlichen multilateralen Regelung der Verkehrs-Grundrechte schon früh an.

Dennoch, eine weltweite Regelung drängte sich im Zuge der stürmischen Entwicklung eines Weltluftverkehrs auf.

bb) Freiheitliche oder protektionistische Regelung?

Während die USA in Chicago eine möglichst freiheitliche Regelung anstrebten, die eine weitgehende Befreiung des Luftverkehrs von verkehrsbehindernden wirtschaftspolitisch motivierten Beschränkungen vorsah, vertrat eine Reihe von Staaten, angeführt von Grossbritannien, einen scharf protektionistischen Standpunkt, der im nationalen Luftraum die Verkehrsrechte, vor allem die kommerziell bedeutungsvollen, der staatlichen Gewalt anheimstellte.²¹ Es war unausweichlich, die Lösung in einem Kompromiss zu suchen.

cc) Der Kompromiss von Chicago: Die fünf Freiheiten der Luft

aaa) Grundsätzliches

Die Konferenz von Chicago führte nach fünfwöchigen Verhandlungen zum Abschluss von vier Abkommen, die sich gegenseitig ergänzten. Neben dem Grundabkommen, das die Errichtung der International Civil Aviation Organisation (ICAO) vorsah,

21 Vgl. Neff, S. 38; Folliot, S. 12 ff.

und den Interimsabkommen, das für eine Uebergangszeit der Errichtung der Provisional International Civil Aviation Organisation (PICAO) diene, wurden die sogenannten Transitvereinbarung ("1. und 2. Freiheit") und die sogenannte Transportvereinbarung ("3.-5. Freiheit") angenommen, die beide die wirtschaftspolitischen Aspekte der internationalen Luftfahrt, d.h. die Fragen der Ueberflugs-, Lande- und Transportrechte regeln sollten.

Jeder Staat, der im Rahmen des Abkommens von Chicago am internationalen Zivilluftverkehr teilhaben will, muss dem Grundabkommen beitreten, doch steht es diesen Unterzeichnerstaaten frei, die Transit- und/oder Transportvereinbarung zu ratifizieren. Soviel sei an dieser Stelle vorausgeschickt: dem Grundabkommen sind bis 1975 120 Staaten beigetreten, die Transitvereinbarung ratifizierten 74 Staaten, aber die Transportvereinbarung lediglich 11 Staaten!²² Die Gründe und Folgen werden alsbald deutlich, wenn man die Tragweite der 3., 4. und 5. Freiheit bemisst.

bbb) Die fünf "alten" Freiheiten der Luft

Diese sind wie folgt definiert:²³

1. Freiheit: Das Recht, das Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates ohne Landung zu überfliegen.
2. Freiheit: Das Recht auf Landungen zu nicht kommerziellen Zwecken (z.B. Betriebsstoffaufnahme, Personalwechsel etc.).
3. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Fracht und Post abzusetzen, die im Gebiet des Staates aufgenommen wurden, in dem das Luftfahrzeug registriert ist.
4. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Fracht und Post im Gebiet des Vertragsstaates zur Beförderung in

²² Vgl. Meyer, Internationale Luftfahrtabkommen, Bd. I, S. 86 f.

²³ Ebenda, S. 225.

den Staat aufzunehmen, in dem das Luftfahrzeug registriert ist.

5. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Fracht und Post zwischen zwei anderen Vertragsstaaten zu befördern.

Da die Realisierung der 3. und 4. Freiheit insofern kein Problem darstellt, als in diesem "Nachbarschaftsverkehr" die Partnerstaaten üblicherweise die Verkehrsrechte nach dem Grundsatz der Reziprozität gewähren, wird die Regelung dieser Freiheiten meistens auf bilateraler Ebene vorgenommen. Die gegenseitigen Verkehrsaufkommen sind ungefährdet.

Anders liegen die Verhältnisse bei der 5. Freiheit: Gewährt der Staat A einer LVG von B von A nach C zu fliegen, dann verliert die LVG von A einen Teil ihres eigenen Verkehrsaufkommens mit dem Staat C, an dem sie selbst interessiert sein muss, schon aus Rücksicht auf die einheimische Kundschaft.

So ist es die Regel, dass die Luftfahrtbehörde des Staates A der LVG des Staates B die 5. Freiheit nicht zubilligen wird, um auf diesen Linien die eigene LVG operieren lassen zu können. Dabei darf ferner nicht ausser Acht gelassen werden, dass die LVG von B auch das Einverständnis von dem Staat C einholen muss.

Dieser Sachverhalt drückt die typisch protektionistische Haltung einer Luftfahrtbehörde gegenüber "ihrer" LVG aus. Danach ist es leicht verständlich, dass die Mehrheit der Staaten zum Schutz der einheimischen Gesellschaften diese Freiheit nicht blind einräumen kann. Dies hat unweigerlich dazu geführt, dass kaum ein Staat die Transportvereinbarung unterzeichnet hat. Die Verkehrsrechte werden hier schliesslich ebenfalls bilateral ausgehandelt, wo das Abwägen der Rechte und Gegenrechte zum zentralen Problem wird.

ccc) Die drei "neuen" Freiheiten der Luft

Diese haben sich im Laufe der Zeit eingebürgert, haben aber nie offizielle Anerkennung gefunden.²⁴

dd) Würdigung

Ein, wenn nicht das Hauptziel der Konferenz, die Frage der Freiheit des Luftverkehrs für den internationalen Linienverkehr²⁵ auf multilateraler Ebene zu regeln, blieb unerreicht. Das Prinzip, dass jeder Staat über seinem Hoheitsgebiet die volle und ausschliessliche Lufthoheit besitzt, was ihm das Rechteinräumt, in diesem Gebiet über die Gewährung von Verkehrsrechten zu entscheiden, setzte sich in Art. 1 des Abkommens von Chicago durch. Diese Regelung musste die Realisierung der 5. Freiheit und damit des Transportabkommens weitgehend illusorisch werden lassen. Die wirtschaftspolitische Realität wurde verkannt, wodurch das Transportabkommen den meisten bedeutenden Staaten unakzeptabel erscheinen musste.²⁶

24 Vgl. Buchwald S. 59. Von der 6. Freiheit wird gesprochen, wenn Passagiere, Fracht und Post zwischen zwei Staaten über das Gebiet des Staates, in dem das betreffende Flugzeug registriert ist, befördert werden, ohne dass Rechte der 5. Freiheit zur Verfügung stehen. (Kombination der 3. und 4. Freiheit.) Die 7. Freiheit umfasst den Luftverkehr zwischen Drittstaaten, ohne dass sein Ausgangs- oder Endpunkt im Heimatland der Luftverkehrsgesellschaft liegt. Die 8. Freiheit schliesslich bedeutet den Luftverkehr zwischen zwei oder mehreren Flughäfen desselben ausländischen Staates. Man spricht vom sogenannten "Kabotage-Verkehr".

25 Die Problematik Linien-/Nichtlinienverkehr im Chicagoer Abkommen wird im Abschnitt über das Abkommen von Strassburg, bzw. Paris behandelt.

26 Vgl. weiter den Abschnitt, der der ICAO gewidmet ist, hinten S.

b) Die privatrechtliche Normierung der Beförderung im internationalen Luftverkehr durch das Warschauer Abkommen und seine Folgeabkommen

aa) Das Warschauer Abkommen²⁷

Dieses Abkommen wurde 1929 von 23 Staaten in Warschau geschlossen. Es ist die noch heute gültige Grundlage der privatrechtlichen Normierung der Beförderung im internationalen Luftverkehr. Es enthält Bestimmungen über die einheitliche Gestaltung der wichtigsten Beförderungsdokumente, d.h. des Passagierflugscheins, des Fluggepäckscheins und des Luftfrachtbriefes. Im weiteren regelt es die Haftung des Luftfrachtführers bei Personen-, Sach- und Verspätungsschaden. Dabei geht es vom Prinzip der Verschuldenshaftung aus und legt summenmässig die Haftungsbeschränkungen fest.

bb) Die Aenderung des Warschauer Abkommens durch das Haager Protokoll²⁸

Die Anpassung an die Verhältnisse der Nachkriegszeit wurde am 28. September 1955 in Den Haag aufgrund eines vom Rechtsausschuss der ICAO vorgelegten Entwurfes das sogenannte "Haager Protokoll" beschlossen. Diese Neufassung des Warschauer Abkommens gilt nur für Staaten, die auch das ursprüngliche Warschauer Abkommen unterzeichnet haben. Für die anderen, die das Haager Protokoll nicht unterzeichnet haben, gilt das ursprüngliche Warschauer Abkommen weiter. Folgende Neuerungen brachte das Haager Protokoll:

27 Vgl. Meyer, Internationale Luftverkehrsabkommen, Bd. I, S. 91 ff.; Abraham, Der Luftbeförderungsvertrag unter Zugrundelegung des Warschauer Abkommens, des deutschen Luftverkehrsgesetzes und der Beförderungsbedingungen der IATA, Stuttgart 1955; Rieben, Die Haftung des Luftfrachtführers nach dem Warschauer Abkommen, Diss. Erlangen, Würzburg 1938. Vgl. ferner Riese, Luftrecht, S. 401 ff., Buchwald, S. 60 f., Bangers, Deutscher Luftverkehr, S. 49; Gimbel, Charterverkehr, S. 223 ff.

28 Abgedruckt in Wegerdt/Reuss, S. 427 ff.

- Verdoppelung der Haftungssummen bei Personenschäden.
- Unbeschränkte Haftung des Frachtführers nur noch bei Absicht und bewusster Fahrlässigkeit.²⁹

Dieses Protokoll wurde von den USA nicht ratifiziert, aber in der Vereinbarung von Montreal ebenfalls angepasst.

cc) Das Zusatzabkommen von Guadalajara³⁰

Dieses weitere Zusatzabkommen aus dem Jahre 1961 normiert den im Warschauer Abkommen nicht geregelte Fall der Beförderung durch einen anderen als den vertraglichen Luftfrachtführer, indem es dem ausführenden die gleichen Verpflichtungen auferlegt wie dem vertraglichen.³¹

dd) Die Vereinbarung von Montreal³²

Da die Haftungssummen des Warschauer Abkommens den USA zu niedrig erschienen, kündigten sie es am 15. Mai 1966; die Kündigung wurde aber zurückgezogen, nachdem 34 Luftverkehrsgesellschaften, die die USA direkt oder indirekt anfliegen, dieser Vereinbarung zustimmten, welche die Haftungssummen weiter an hob und die Schuldfrage der Haftung neu regelte.³³

ee) Das Guatemala-Abkommen³⁴

Dieses Abkommen erhöhte erneut die Haftungssummen und statuiert durch eine Revisionsklausel die Möglichkeit der An-

29 Angleichung an das anglo-amerikanische Recht, das keine grobe Fahrlässigkeit kennt.

30 Abgedruckt in Wegerdt/Reuss, S. 443 ff.

31 Vgl. Rössger/Hünemann, S. 69; Gimbel, S. 250 ff. und zit.

32 Vgl. Rössger/Hünemann, S. 69 f.

33 Diese Vereinbarung ist nicht zu verwechseln mit dem "Montrealer Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Zivilluftfahrt vom 23. September 1971. Diese soll zusammen mit der Konvention von Tokio, die hinten vorgestellt wird, die strafrechtliche Verfolgung von Gewalttaten gegen den zivilen Luftverkehr sicherstellen und eine gewisse generalpräventive Funktion erfüllen.

34 Abgedruckt in Zandtke, S. 381 ff.

passung an veränderte Verhältnisse.^{35,36}

Nicht in diesen Zusammenhang gehört das Abkommen von Tokio³⁷, das die Behandlung strafbarer und sicherheitsgefährdender Handlungen an Bord von Flugzeugen vorsieht. Darin verpflichten sich die Vertragsstaaten, im Falle einer Flugzeugentführung alle Massnahmen zu ergreifen, um die rechtmässige Kommandogewalt an Bord wieder herzustellen und bei einer eventuellen Landung in ihrem Hoheitsgebiet nach Möglichkeit die Täter festzunehmen, Flugzeug, Besatzung und Passagiere aber ungehindert weiterreisen zu lassen. Traditionelle Zielländer sind leider kaum beigetreten, was die Wirkung des Abkommens schwächt.

2. Bilaterale Abkommen

a) Bilaterale Abkommen - Eine Folge des unerfüllten Traumes von Chicago

Der Konferenz von Chicago ging der Traum voraus, den gesamten Luftverkehr auf multilateraler Ebene rechtlich zu regeln. Er scheiterte an der Tatsache, dass es zu starke nationale Interessen gab, an die gewisse Staaten keine Konzessionen zu machen bereit waren. Den einen war Chicago zu liberal, wie den Engländern, den andern zu protektionistisch, wie den USA. So verschafften sich die verschiedenen Staaten die ihren Ansichten entsprechenden, individuellen, einzelfallgerechten Regelungen auf bilateralem Weg. Zwischen den beiden Meinungspolen, USA und England, führte das zum Bermuda-Abkommen, das als Modell von vielen anderen Staaten übernommen wurde.

35 Vgl. Gimbel, S. 224 Anm. 35.

36 Zum Verhältnis zu früheren Abkommen vgl. Art 21 Ziff.2 Guatemala-Abkommen.

37 Abgedruckt in Wegerdt/Reuss, S. 451 ff.

b) Das Bermuda-Modell³⁸

Primäres Anliegen der Partnerstaaten ist die Befriedigung ihrer Nachfrage. Die Entwicklung einer Strecke, ihre Probleme oder ihre Dynamik, sind nicht voraussehbar. Dies lässt sich nur hinterher feststellen, wenn eine Strecke eingerichtet und längere Zeit betrieben worden ist. Erst dann lässt sich ihre Charakteristik beurteilen. Die Abkommen nach dem Bermuda-Modell sehen daher eine sogenannte "Ex-post-facto-Prüfung" von Angebot und aktueller Nachfrage vor. Auf diesem Wege kann die Verabredung hinterher allenfalls berichtigt werden. Dies wird deutlich aus dem Abkommen zwischen den USA und Grossbritannien,³⁹ insbesondere aus den Punkten 4 und 5:

1. Die Linien, welche die Luftverkehrsgesellschaften beider Länder befliegen wollen, werden in Verhandlungen vereinbart und in einem Anhang zum Abkommen spezifiziert.
2. Auf Linien, die beide Länder direkt verbinden (Nachbarschafts-Verkehr), gibt es keine Beschränkungen bezüglich Flugfrequenz und Angebotskapazität.
3. Es wird anerkannt, dass der wirtschaftliche Betrieb von Langstrecken-Fluglinien es erfordert, dass die Luftverkehrsgesellschaften das Recht der 5. Freiheit haben, Passagiere, Fracht und Post in einem dazwischen liegenden dritten Staat aufzunehmen und in einem der Vertragsstaaten abzusetzen oder umgekehrt; dieser Ver-

³⁸ Aufgeführt bei Meyer, Internationale Luftverkehrsabkommen, Bd. III, S. 278 ff.; Wheatcroft, The economics of European Air Transport, S. 220; Mc Carrol, The Bermuda Capacity Clauses in the Jet Age, "The Journal of Air Law and Commerce", Vol. 29 (1963), S. 115. Vgl. ferner Riese, Luftrecht, S. 70 f.; Folliot, S. 22 ff.

³⁹ Vgl. Rössger/Hünemann, S. 76; Wheatcroft, Air Transport Policy, S. 70 ff.; Buchwald, S. 64; Zandtke, S. 72.

kehr der 5. Freiheit ist jedoch nur insoweit erlaubt, als die insgesamt angebotene Kapazität der Nachfrage entspricht, wie sie zwischen den beiden Endpunkten der Linie besteht.

4. Als Sicherheit gegen die Möglichkeit, dass die Luftverkehrsgesellschaften beider Staaten eine zu grosse Kapazität anbieten, ist eine Ueberprüfung des tatsächlichen Angebots vorgesehen, falls eine der beiden Parteien das Gefühl hat, dass ihre Interessen unzulässig eingeschränkt werden durch die Luftverkehrsgesellschaft des anderen Staates (= ex-post-facto-Prüfung).
5. Die Tarife und Raten werden in der IATA durch die Luftverkehrsgesellschaften ausgehandelt und müssen von den entsprechenden Regierungen genehmigt werden.

Wieweit dies zu einem ungleichen Status von Linienverkehrsunternehmen führt zeigt Staehelin⁴⁰. Diese Verträge gelten nämlich in der Regel nur für einen oder ausnahmsweise für mehrere "designated carrier" des Vertragsstaates.

c) Abkommen mit Prädeterminationsklausel

Im Gegensatz zum Bermuda-Modell sind Abkommen mit dieser Klausel dadurch gekennzeichnet, dass schon vor der Aufnahme des Verkehrs auf einer Linie der Umfang des Beförderungsangebotes durch die Vertragsstaaten, in seltenen Fällen auch die von diesen bestimmten Fluggesellschaften, genauestens festgelegt wird. In periodischen Konsultationen zwischen den Luftfahrtbehörden wird die Kapazitätsfixierung im Hinblick auf ihre Angemessenheit angesichts der eingetretenen

40 Staehelin, Rechtsprobleme des Bedarfsluftverkehrs, in: Studentagung für Luftrecht, 7 Referate, gehalten am 11./12. November 1960 an der Universität Freiburg i.Ue., herausgegeben von der Schweizerischen Vereinigung für Luft- und Raumrecht, Zürich 1961, S. 41 f.

bzw. weiter erwarteten Verkehrsentwicklung überprüft und gegebenenfalls angepasst.⁴¹

Solche Klauseln haben Schutzfunktion für schwächere Gesellschaften, die sich dadurch eine "fair and equal opportunity" sichern wollen. Deshalb ist dieses Modell stark verbreitet zwischen den Industriestaaten und den Entwicklungsländern, die sich damit einen angemessenen, sicheren Anteil am Verkehr verschaffen und einen wirtschaftlichen Nutzladefaktor⁴² erwirtschaften können.⁴³

d) Die Bedeutung dieser Modelle

Die bilateralen Abkommen mit Prädeterminationsklauseln bedeuten letztlich die völlige Ausschaltung des Wettbewerbes zwischen den Luftverkehrsgesellschaften der Vertragsstaaten. Dies bedeutet auch, dass das Verkehrsangebot auf den direkten Linien zwischen den beiden Staaten über den Geist der Bermuda-Klauseln hinaus nicht nur konzessioniert, sondern exakt kontingentiert werden. Inzwischen hat tatsächlich die Prädeterminationsklausel eine weit grössere Bedeutung erlangt als das Bermuda-Modell, wohl wegen des offenbar geschätzten Garantieeffektes.

Zusammenfassend wird man feststellen müssen: Diese Modelle sind eine Folge des Scheiterns einer multilateralen Regelung der Verkehrsrechte des internationalen Luftverkehrs. In der Folge, ermuntert durch Art. 1 des Chicagoer Abkommens, betreiben die meisten Staaten über Konzessionierung und Kontingentierung eine protektionistische Luftverkehrs-, d.h. hier Abkom-

⁴¹ Vgl. Buchwald, S. 65.

⁴² Dieser Faktor berechnet sich aus dem prozentualen Verhältnis der verkauften zu den angebotenen Tonnenkilometern. Dieser wiederum entsteht aus dem Produkt der beförderten Ladung in Tonnen und der Entfernung in Grosskreiskilometern. Man unterscheidet den angebotenen und den geleisteten Tonnenkilometer, wobei Passagiere, Fracht und Post eingerechnet werden.

⁴³ Bongers, Deutscher Luftverkehr, S. 55; vgl. Wheatcroft, Air Transport Policy, S. 72.

menspolitik. Bermuda-Modell und Prädetermination unterscheiden sich insoweit nur im Grad des Protektionismus, der im letzteren Fall höher liegt.

II. DIE RECHTLICHE NORMIERUNG DES INTERNATIONALEN NICHT-LINIENVERKEHRS

1. Die Normierung bis 1944⁴⁴

Bis zum Jahre 1944 bewegte sich der internationale Nichtlinienverkehr im wesentlichen auf dem Boden von drei Konventionen:

- Das Pariser Luftverkehrsabkommen vom 13. Oktober 1919 (Cina).
- Das ibero-amerikanische Luftverkehrsabkommen vom 1. November 1926 (Ciana).
- Das panamerikanische Abkommen über die Handelsluftfahrt vom 20. Februar 1928 (Havanna-Abkommen).

2. Der Nichtlinienverkehr im Abkommen von Chicago von 1944

Die Regelung des Nichtlinienverkehrs im Abkommen von Chicago wird beherrscht von einem Auslegungsstreit. Es handelt sich um Art. 5 Abs. 2 des Chicagoer Abkommens. In diesem umstrittenen Artikel wird den Flugzeugen des gewerblichen Nichtlinienverkehrs im ersten Halbsatz das Recht eingeräumt, in jedem Vertragsstaat kommerzielle Landungen vorzunehmen, d.h., ohne Rücksicht auf Herkunfts- und Bestimmungsort, Passagiere, Fracht und Post aufzunehmen und/oder abzusetzen. Das heisst nichts anderes, als dass dem gewerblichen Nichtlinienverkehr ausdrücklich die 3., 4. und 5. Freiheit generell zugestanden

44 Vgl. ausführlich Neff, S. 30 ff.

wird, unter Vorbehalt der Kabotage. Das bedeutete, dass dem gewerblichen Nichtlinienverkehr bereits gemäss dem Chicagoer Abkommen die volle Verkehrsfreiheit gewährt wäre. Dies entspräche auch seiner Eigenart und seinem Bedürfnis. Dazu hält Gimbel⁴⁵ fest: "Es liegt in der Natur des Gelegenheitsverkehrs begründet, dass er jederzeit auf Verlangen zur Ausführung von Beförderungen imstande sein muss und ihn vorgängige Flug- und Landebewilligungen, sowie Bedingungen, Einschränkungen und Verbote, die zudem in das Ermessen der Staaten gestellt sind, nicht nur schwer beeinträchtigen, sondern ihn wirtschaftlich und verkehrspolitisch uninteressant und teilweise unmöglich machen. Zu dieser Einsicht sind heute ein grosser Teil der Staaten gelangt, obwohl sie andererseits noch immer generell den im Luftverkehr bestehenden nationalen Protektionsismus verteidigen." Der umstrittene zweite Halbsatz von Art. 5 Abs. 2 lautet eben so, dass zwar das Recht zu kommerziellen Landungen im oben dargelegten Umfang gewährt wird, aber "vorbehalten bleiben die Rechte des Staates, in welchem das Ein- oder Ausladen erfolgt, jene Vorschriften, Bedingungen oder Einschränkungen [!] aufzustellen, welche er als nützlich erachtet."⁴⁶ Der Auslegungsstreit dreht sich nun fast ausschliesslich um den Begriff dieser "Einschränkungen". Im Interesse der Luftsicherheit und zur Wahrung polizeilicher Interessen hätte sich sicher niemand daran gestört. Aber, die meisten Auslegungen gehen weiter. Die extensive Auslegung des Begriffes der "Einschränkungen" wird zweifellos geleitet von der Furcht der betreffenden Staaten, durch eine allzu freiheitliche Regelung des Nichtlinienverkehrs werde der Linienverkehr, in dessen Unternehmungen die Staaten z.T. massiv finanziell engagiert sind, zu stark in ungesunder Weise konkurrenziert. Diese Furcht geistert durch das ganze Abkommen, was durch Aeusserungen des ICAO-Rates sogar belegt ist, was

45 Gimbel, S. 366.

46 Art. 5 Abs. 2, 2. Halbsatz Chicagoer Abkommen.

sich konkret ausdrückt in seiner ebenfalls sehr extensiven Auslegung des Begriffes der "Einschränkungen".⁴⁷ Dazu bemerkt Gimbel:⁴⁸ "Dieser zweite Halbsatz des Art. 5 Abs. 2 Chicagoer Abkommen wird in der Praxis vorwiegend so ausgelegt, dass den Vertragsstaaten nicht nur das Recht zustehen soll, gerechtfertigte (z.B. polizeiliche) Einschränkungen der normierten Verkehrsfreiheiten vorzunehmen, sondern sie sollen auch ermächtigt sein, für den ausländischen Gelegenheitsverkehr die völlige Versagung aller kommerziellen Landungen anordnen zu können, wenn es ihnen 'wünschenswert' erscheint. Da aufgrund einer derartigen Auslegung dieser Bestimmung auch tatsächlich mit wenigen Ausnahmen allgemein der generelle Genehmigungszwang für kommerzielle Landungen im Gelegenheitsverkehr besteht, ist der erste Halbsatz des Art. 5 Abs. 2 Chicagoer Abkommen im Rahmen der angestrebten Liberalisierung des Gelegenheitsverkehrs zu einem reinen Programmsatz ohne realisierbaren Wert geworden."⁴⁹ Gimbel⁵⁰ kommt im weiteren zu dem auch von anderen anerkannten Schluss, dass Art. 5 des Chicagoer Abkommens "im Sinne einer Erhaltung seines Gesamtzweckes selbst 'gegen den Buchstaben' des Art. 5 Abs. 2 2. Halbsatz" auszulegen ist, das heisst, dass das einmal ausgesprochene Positivum der Gewährung der Verkehrsfreiheit für den Nichtlinienverkehr durch die im zweiten Halbsatz Art. 5 Abs. 2 Chicagoer Abkommen folgende und noch so eindeutig ausgesprochene Möglichkeit einer extrem konträren Einschränkung dieses Grundsatzes nicht wieder vollständig aufgehoben und zurückgenommen werden kann. In diesem Sinne bliebe zu hoffen, dass entweder Art. 5 Abs. 2 Chicagoer Abkommen geändert wird oder dass ein höchstrichterliches Urteil im Sinne

47 Vgl. Staehelin, Rechtsprobleme, S. 42.

48 Gimbel, S. 356.

49 Aehnlich Staehelin, Rechtsprobleme, S. 42.

50 A.a.O., S. 364.

dieser Interpretation, die übrigens weitgehend anerkannt ist⁵¹, ergeht. Dass sich die Vertragsstaaten dieser Interpretation anschliessen und sie praktizieren werden, erscheint dem Verfasser illusorisch. Solange ist Optimismus in dieser Richtung fehl am Platze, als nicht das Souveränitätsprinzip im Luftraum aufgehoben ist, und gegenwärtig und vermutlich auch in fernerer Zukunft deutet nichts auf eine derartige "Revolution" hin. Der nationale Protektionismus gegenüber den einheimischen Linienunternehmen ist zu stark.

In der Praxis wird heute in den meisten Vertragsstaaten der ausländischen Nichtlinienverkehr für kommerzielle Landungen nach völlig freiem Ermessen gehandhabt und jeder Flug von einer vorgängigen Bewilligung abhängig gemacht. Daraus ergibt sich eine Gleichstellung des Nichtlinienverkehrs mit Unternehmungen des Linienverkehrs, die auf der Basis der Transitvereinbarung⁵² und bilateralen Abkommen operieren, in denen sie nicht "designated carriers" sind.⁵³

3. Das Abkommen von Paris vom 30. April 1956 über die Verkehrsrechte im nicht regelmässigen Luftverkehr in Europa⁵⁴

Dieses Abkommen darf als Gewinn für die Bestrebung des Nichtlinienverkehrs, seine Rechte erweitern zu können, angesehen werden. Dennoch, auch mit diesem Abkommen ist es nicht gelungen, wenigstens in Europa eine liberalere Auslegung von Art. 5 Abs. 2 2. Halbsatz Chicagoer Abkommen zu statuieren. Die selbe Furcht vor einer zu starken Konkurrenzierung des Linien-

51 Riese, Luftrecht, S. 137 f., 170; ders. ZLW 1959, S. 132. Oppikofer, Die aktuellen Probleme des Luftrechts, ZSR 1946, Bd. 65 Heft 11, S. 192 a, 202 a f. - Archinard, Problèmes actuels des droit aérien, ZSR 1946, S. 238 a. - Dok. 7676 ECAC/1, S. 136.

52 Siehe vorn, S. 10.

53 Vgl. Staehelin, Rechtsprobleme, S. 41/42.

54 Vgl. ausführlich Neff, S. 50 ff.

verkehrs geistert auch durch dieses Abkommen. Den zweifellos gegenüber dem Linienverkehr unschädlichen Luftverkehr wie den Charterverkehr mit Kleinflugzeugen und seltenen Bewegungen hat das Abkommen zugegebenermassen liberalisieren können, was ihm aber für den restlichen Nichtlinienverkehr nicht gelang. weiterer Hauptmangel des Abkommens besteht immer noch darin, dass eine positive Definition des Nichtlinienverkehrs fehlt, worum sich das Chicagoer Abkommen bereits gedrückt hat, wohl auch aus der damals noch geringen Bedeutung dieser Verkehrsart. Solange eine solche Definition aber fehlt, sind Grenzfälle und der Anwendungsbereich der Abkommen weiterhin unklar.

4. Die Suche nach dem "goldenen Mittelweg" zwischen Protektionismus und Liberalisierung

Wiederum Gimbel hat folgende Zukunftsvision ausgedrückt: "Der Gelegenheitsverkehr kann nur lebensfähig bleiben, und die ihm innerhalb des gesamten Verkehrswesens zufallenden Aufgaben erfüllen, wenn in der Luftverkehrspolitik und in der internationalen Gesetzgebung eine ausgewogene Synthese zwischen extremem Protektionismus zugunsten des Linienverkehrs und extremer Liberalisierung des Gelegenheitsverkehrs verwirklicht wird. Ein wesentlicher Schritt zu der Verwirklichung dieser Forderung kann allein schon dadurch geleistet werden, dass die Regierungen der Empfehlung entsprechen, die Bestimmungen des Pariser Abkommens im liberalen Sinn auszulegen."⁵⁵ So vernünftig und wünschbar diese Synthese erscheinen mag, in der Praxis stehen zu grosse Kräfte entgegen. Wie schon oben angetönt, ist die absolute staatliche Lufthoheit global anerkannt und auch in Art. 1 Chicagoer Abkommen statuiert. Aufgrund dieser Tatsache entscheidet der Staat über die Zulassung von Luftverkehrsunternehmen in seinem Hoheitsgebiet und über die

55 Gimbel, S. 392.

Zulassung von Flügen ausländischer Unternehmungen. Mit wenigen Ausnahmen erteilen die einzelnen Staaten jeweils nur einer einzigen Unternehmung eine Linienbetriebskonzession,⁵⁶ weil sie die Kräfte konzentrieren wollen. Die Staaten brauchen in ihrem volkswirtschaftlichen Interesse eine eigene Luftverkehrsgesellschaft, die ihren Interessen dient, was bei einer passiven Luftverkehrspolitik nicht gewährleistet ist, die von eventuellen Krisen eines solchen "Bedieners", der auch in erster Priorität die Interessen seines Herkunftslandes wahrt und erst in zweiter Priorität die des zu bedienenden, unabhängig ist. Darüber hinaus ist die öffentliche Hand in solchen nationalen Linienbetrieben zum Teil stark engagiert, sei es durch Kapitalbeteiligung oder Subventionierung. Unter diesen Umständen ist es selbstverständlich, dass die Staaten eine solche Unternehmung vor allem aus wirtschaftlichen Gründen, nicht zuletzt aus Verantwortung gegenüber dem Steuerzahler, der ja schlussendlich die Subventionen finanziert, daneben auch aus mehr oder weniger starken Nationalprestige-Ueberlegungen seine nationalen Linienunternehmungen und die Unternehmung sich selbst mit dem "staatlichen Segen", um fast jeden Preis gesund erhalten wollen. Das heisst nichts anderes, als dass sie die diesem Ziel entgegenstehenden Elemente fernzuhalten oder gar zu beseitigen trachten, was sich in Inhalt und Auslegung von Abkommen und Satzungen niederschlägt. Diese fast kompromisslose Protektion der nationalen Linienunternehmen, die keinen noch so kleinen Verkehrsanteil an den Nichtlinienverkehr preisgeben wollen, weil sie wissen, dass dort von seiten der Flugkunden ein starkes Bedürfnis auf ihre Kosten befriedigt werden will, die zum Teil stark prohibitive Rechtsgewährungspolitik überhaupt gegenüber ausländischen Unternehmen, um wiederum zu allererst die eigenen Verkehrsanteile zu sichern, ist eine unter den

56 Zur Problematik des "chosen instrument" vgl. hinten S. 84 ff., 158 ff.

gegenwärtigen Umständen unabwendbare Realität im Wettbewerb des Luftverkehrs, die zu beseitigen schwerfallen wird.

5. Die Regelung des sogenannten Ad-hoc- und Kettenverkehrs

Der sogenannte "Ad-hoc-Verkehr" stellt das ursprüngliche Haupttätigkeitsgebiet der Nichtlinienunternehmen dar. Dabei werden von bestimmten Gruppen vereinzelte Flüge aufgrund individueller Nachfrage gebucht, z.B. von einer Fussballmannschaft mit ihrer ganzen Begleitung für ein Auslandspiel.⁵⁷ Da diese Art Luftverkehr keine Gefahr für die Linienunternehmen bedeutete, hat sich auch eine genauere Definition als Grundlage der Regelung der Verkehrsrechte erübrigt.⁵⁸ Aufgrund der leichten Abgrenzbarkeit wird auch die erforderliche Bewilligung leicht erteilt. Charakteristisch für den Ketten- oder Pendelverkehr ist, dass er zur Vermeidung von unwirtschaftlichen Leerflügen in der Form eines programmierten Pendelverkehrs durchgeführt wird, wobei nur der erste Rückflug und der letzte Hinflug einer Flugperiode leer ausgeführt wird und in der Zwischenzeit ständig Reisegruppen zu dem Bestimmungsort hin und andere an den Ausgangspunkt zurückgefliegen werden.⁵⁹ Die explosionsartige Entwicklung der Kettenflüge im Rahmen von Pauschalreisen⁶⁰ hat zwei Hauptkonsequenzen nach sich gezogen:

Einerseits begannen sich die Unternehmen des Linienverkehrs auch gegen diese "linienverkehrsähnliche" Verkehrsart zu schützen, andererseits war der Schutz des reisenden Publikums vor einem Preis-Konkurrenzkampf auf Kosten von Aufwendungen

57 Vgl. Staehelin, Kettenflüge und Pauschalreisen, SVLR-Studientagung "Rechtsfragen des internationalen Luftverkehrs" (1969) Zürich 1970, S. 47.

58 Vgl. ausführlich auch Gimbel, S. 7 ff., Neff, S. 55 ff.

59 Vgl. Buchwald, S. 71 und zit. in Anm. 3.

60 Auch "Inclusive-Tours" (IT) resp. "IT-Charter" genannt, vgl. Neff, S. 55 f. Im Preis sind Flug, Unterkunft und gewisse Veranstaltungen inbegriffen. Dauer und Ziel sind vorher festgelegt worden.

für die Sicherheit zu gewährleisten.⁶¹ Eine weitere Schwierigkeit bestand darin zu verhindern, dass unter dem Titel der blossen Bewilligung eigentlich konzessionspflichtiger Luftverkehr betrieben wird. Um diese Gefahr von den Linienverkehrsunternehmungen fernzuhalten, sind verschiedentlich juristische Massnahmen ergriffen worden,⁶¹ sieht es doch ganz danach aus, dass innerhalb des Gesamtluftverkehrs in der Zukunft der Pauschalreiseverkehr der Bedarfsluftverkehrsgesellschaften die grössten Zuwachsraten verzeichnen wird. Im Pariser Abkommen werden die Gefahren des Kettenverkehrs für den Linienverkehr zwar erkannt, aber insofern nicht beseitigt, als dessen Reglementierung erneut in das Ermessen der einzelnen Staaten gestellt wurde, womit einmal mehr eine multilaterale Lösung verpasst wurde und der einzelstaatlichen Interessenspolitik wieder Tür und Tor geöffnet ist. Auch weitere Bemühungen in dieser Richtung⁶² scheiterten an den Meinungsverschiedenheiten der jeweiligen Luftverkehrsbehörden über das zulässige Ausmass des Wettbewerbes zwischen Linien- und Kettenflugverkehr.⁶³

Ein weiteres Merkmal des Kettenflugverkehrs ist seine freie Preisgestaltung, im Gegensatz zum Linienverkehr, wo die Tarife in den IATA-Konferenzen einstimmig beschlossen und anschliessend von den Regierungen genehmigt werden müssen.⁶⁴ Es kann aber vorkommen, dass ein Staat der ersuchenden Chartersgesellschaft die entsprechenden Verkehrsrechte nur über

61 Vgl. Staehelin, Kettenflüge und Pauschalreisen, SVLR-Tagung "Rechtsfragen im Luftverkehr" (1969), Zürich 1970, S. 50.

62 Für die Schweiz z.B. Richtlinien für die Durchführung von Kettenflügen, Eidg. Luftamt, 21. September 1970.

63 So gründete z.B. die ECAC eigens zu diesem Zweck ein "Committee on Coordination and Liberalisation" mit einer selbstständigen "Study Group on Non-scheduled Services and Inclusive Tours".

64 Vgl. Gruenberg, Der Bedarfsluftverkehr für Studenten, Eine Untersuchung über seine rechtlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Grundlagen, Diss. St. Gallen 1966, S. 41.

bestimmte Preislagen einräumt. In der Folge musste also die Einigung wieder auf bilateraler Ebene gesucht werden, was zu einer unüberschaubaren Genehmigungspraxis geführt hat. Es ist deshalb unmöglich, allgemeingültige Richtlinien für die Erteilung von Verkehrsrechten im Kettenflugverkehr aufzuführen.^{65,66}

III. DIE BINDUNG DES LUFTVERKEHRS AN INTERNATIONALE VERBAENDE UND ORGANISATIONEN

1. Die staatlichen Organisationen

a) Die International Civil Aviation Organisation (ICAO)⁶⁷

aa) Entstehung und Ziele

Die Schaffung dieser Organisation war eines der Hauptziele der Konferenz von Chicago vom 1. November bis zum 7. Dezember 1944.⁶⁸ Am 4. April 1947 nahm sie ihre Tätigkeit auf.

Auf technischem Gebiet⁶⁹ spiegelt sich die ICAO-Arbeit in der als Grundlage einer einheitlichen technischen Luftfahrtgesetzgebung der ICAO-Mitgliedstaaten entwickelten und laufend ergänzten Richtlinienammlung der "Annexe" zum Abkommen von Chicago und den "Procedures of Air Navigation Services" wider. Davon werden betroffen Luftverkehrsregeln, Flugplätze, Flugsicherung, Fernmeldewesen, Funknavigationshilfsmittel, Wetterdienst, Such- und Rettungsdienst, Luftfahrtverwaltungen, Planung für künftige Flugbetriebsentwicklungen. Daneben unterhält die ICAO Wetterschiffe zur Sicherung des

65 Vgl. ausführlich hinten, S. 35 ff., ferner S. 114 ff. für die Schweiz.

66 Vgl. Dirlewangers Dissertation.

67 Vgl. Erler, Rechtsfragen der ICAO, zahlreiche Literatur ferner in Wolf, S. 68 Anm. 1; vgl. weiter Buchwald, S. 74 f.

68 Vgl. vorne S. 8.

69 Vgl. Art. 44 Abs. 1 ICAO-Abkommen.

Nordatlantikverkehrs und Ausbildungsstätten, um unterentwickelten Luftfahrtländern zu helfen.⁷⁰

Auf wirtschaftlichem Gebiet werden von der ICAO laufend alle Veränderungen im gewerblichen Luftverkehr systematisch untersucht. Dazu gehören u.a. das Studium der Verkehrsrechte der Mitgliedstaaten, die Herausgabe von Informationen verschiedenster Art, z.B. Flughafengebühren, die Erstellung und Auswertung von Statistiken und Erfahrungsberichten, die Aktivitäten zur Vereinfachung des Formularwesens u.v.a.m.

Auf rechtlichem Gebiet gibt die ICAO drei Arten von Normen heraus:⁷¹

- Internationale Richtlinien (International Standards)
- Empfehlungen (Recommended Practices)
- Verfahren (Procedures)

Die Richtlinien und Empfehlungen wurden in fünfzehn Annexen zum ICAO-Abkommen zusammengefasst und bilden die bedeutendste rechtliche Grundlage für die international einheitliche Regelung des zivilen Flugbetriebes.

Daneben koordiniert die ICAO die bilateralen Luftfahrtabkommen und schafft z.B. auch Musterverträge.

bb) Die Organisation⁷²

Die drei Hauptorgane der ICAO sind die Versammlung, der Rat und das Sekretariat. Daneben unterhält sie verschiedene ständige Ausschüsse.

Die Versammlung ist das höchste Organ der ICAO. In ihr sind alle Mitgliedstaaten mit einer Stimme vertreten. Sie treten mindestens alle drei Jahre zu einer ordentlichen Tagung, in

70 Siehe die entsprechenden Massnahmen im sogenannten Beistandsprogramm der ICAO (Kapitel XV des Abkommens).

71 Vgl. Art. 37 ICAO-Abkommen.

72 Vgl. Buchwald, S. 75 ff; Wolf, S. 69; Erler, S. 17 ff.

kürzeren Abständen nur auf Einberufung durch den Rat oder auf Antrag von mindestens zehn Vertragsstaaten zu einer ausserordentlichen Tagung zusammen. Die Aufgaben der Versammlung bestehen u.a. darin, den Rat zu wählen, dessen Bericht zu prüfen, die Jahreshaushalte zu genehmigen, die Haushaltsführung zu prüfen, sowie Sonderkommissionen einzusetzen.⁷³

Ferner besitzt die Versammlung das Recht, in bestimmten Fällen das Stimmrecht eines Staates zeitweilig aufzuheben⁷⁴ oder einen Mitgliedstaat auszuschliessen.⁷⁵ Zur Beschlussfassung genügt bis auf festgelegte Ausnahmen⁷⁶ die einfache Mehrheit der anwesenden Mitglieder.⁷⁷

Der Rat ist das ständig tagende Hauptexekutivorgan der ICAO. Er wird von der Versammlung auf drei Jahre gewählt und besteht aus Vertretern von 27 Mitgliedstaaten. Er wählt einen Präsidenten und für die Verwaltungstätigkeit einen Generalsekretär als Leiter des Sekretariates in Montreal. Entscheidungen des Rates werden mit Stimmenmehrheit gefällt.⁷⁸ Weiter stellt er das eigentliche Führungsinstrument dar. Von seinen umfangreichen Aufgaben⁷⁹ ist vor allem das Recht zu nennen, Richtlinien und Empfehlungen als Anhänge im Abkommen zu erlassen.

Daneben sind fünf ständige Ausschüsse konstituiert worden, die je in ihrem Bereich die Vorbereitung der Ratsbeschlüsse übernommen haben.⁸⁰ Die zentrale Rolle spielt die Luftfahrt-Kommission (Air Navigation Commission), die sich vorwiegend mit den Fragen der Flugsicherung und technischen Sicherheit bei Flügen auseinandersetzt. Daneben figuriert der Lufttrans-

73 Vgl. Art. 49 ICAO-Abkommen.

74 Vgl. Art. 62 und 88 ICAO-Abkommen.

75 Vgl. Art. 94 ICAO-Abkommen.

76 Vgl. Art. 93 und 94 ICAO-Abkommen.

77 Vgl. Art. 49 ICAO-Abkommen.

78 Vgl. Art. 50, 51 und 52 des ICAO-Abkommens.

79 Vgl. Art. 54 und 55 ICAO-Abkommen.

80 Vgl. ausführlich Erler, S. 24 ff.

port-Ausschuss (Air Transport Committee), der sich mit den wirtschaftlichen Problemen der internationalen Luftfahrt auseinandersetzt, der Rechtsausschuss (Legal Committee), der zuständig ist für Auslegung und Abänderung des Chicagoer Abkommens, der Finanzausschuss (Financial Committee), dem Planung und Kontrolle des ICAO-Budgets sowie die Ermittlung der Beitragshöhe der Mitglieder obliegt, schliesslich der Beistandsausschuss (Committee on Joint Support of the Air Navigation Services), der sich mit Fragen der technischen und finanziellen Hilfe an einzelne Mitgliedstaaten befasst. Seit dem Oktober 1947 hat die ICAO den Status einer Sonderorganisation der Vereinten Nationen.⁸¹

cc) Die Bedeutung der ICAO

Die ICAO hat durch die Mitgliedschaft von 140 Staaten heute unbestritten einen universellen Charakter erreicht, der im Verkehrswesen als einmalig gelten darf, wenn auch die Sowjetunion und andere Ostblockstaaten nicht beigetreten sind.⁸²

Der Erfolg der ICAO liegt weniger auf wirtschaftlichem Gebiet. Das starre Festhalten der Mitgliedstaaten am Souveränitätsprinzip liess die ständige Bemühung der ICAO, die Rechte des internationalen Luftverkehrs multilateral zu liberalisieren, scheitern. Ueberhaupt muss man heute feststellen, dass der Erfolg der Organisation so unterschiedlich war wie die Bereitschaft der Mitgliedstaaten, ihre Bemühungen zu unterstützen. Um so erfolgreicher wurde bisher an der Vereinheitlichung der technischen Vorschriften und Verfahren gearbeitet. Das Ergebnis sind bis heute 17 Annexe zum Chicagoer Abkommen. Ferner hat die Organisation mit ihrer Forschungs- und Publikationstätigkeit der Entwicklung des Weltluftverkehrs in hervorragender Weise gedient und wird dies auch in Zukunft noch tun.

81 Vgl. Erler, S. 38; Rössger/Hünermann, S. 58, Marfeld, S. 22.

82 Mitgliederverzeichnis vgl. Tabelle im Anhang.

b) Die European Civil Aviation Conference (ECAC)⁸³

Die ECAC ist eine Organisation zur Behandlung spezifisch europäischer Luftfahrtfragen. Im März 1953 lud das Ministerkomitee des Europarates⁸⁴ die ICAO ein, eine europäische Luftfahrtkonferenz einzuberufen. Die "Tagung zur Koordination des Luftverkehrs in Europa" fand im April 1954 in Strassburg statt und führte zur Gründung der heutigen ECAC.

Nach Art. 1 der Verfassung der ECAC verfolgt die Organisation den Zweck, die Koordination, Wirtschaftlichkeit und geordnete Entwicklung des europäischen Luftverkehrs zu fördern. Die Beschlüsse der Konferenzen sind für die Mitgliedsstaaten nicht verbindlich, sondern haben nur empfehlenden Charakter. Die Mitgliedschaft umfasst heute alle westeuropäischen Staaten, einschliesslich Jugoslawien, Türkei und Zypern.

Die ECAC hat besonders in zwei Bereichen erfolgreiche Arbeit geleistet, nämlich in Fragen des Nichtlinienverkehrs und im Bereich technischer Verkehrserleichterungen, ferner bei der Sicherung gegen Anschläge. Hier kam man weiter als die ICAO.

2. Die privaten Organisationen

a) Die International Air Transport Association (IATA)⁸⁵

aa) Entstehung und Ziele

Im Gegensatz zur Internationalen Luftfahrt-Organisation ICAO, der als Mitglieder die Regierungen der einzelnen Länder angehören, handelt es sich bei der IATA um einen privatwirtschaftlichen Verband der am internationalen Linienluft-

83 Vgl. in LFPO 80, S. 142 ff.

84 Die ECAC blieb aber dennoch ohne formelle Bindung an den Europarat.

85 Vgl. dazu IATA, The first Three Decades. A History of thirty Years of Association Between the Airlines of the World in the Interests of its Peoples. Comp. by S.R. Cohen, Montreal 1949. Wheatcroft, The Economics of European Air Transport, S. 122-150, S. 231-233, S. 327 f. Stahlenbrecher, S. 37 ff., Burchard, S. 5214 ff.

verkehr beteiligten Luftverkehrsgesellschaften.⁸⁶ Ihre Gründung wurde im Anschluss an die Luftfahrtkonferenz in Chicago 1944 beschlossen. Die Ziele der Vereinigung sind in ihren Statuten in Art. III wie folgt festgelegt:

- Die Förderung eines sicheren, planmässigen und wirtschaftlichen Luftverkehrs zum Nutzen der Völker sowie die Pflege der Luftfahrtwirtschaft und das Studium der damit verbundenen Probleme.
- Die Schaffung von Möglichkeiten zur Zusammenarbeit der Luftfahrtunternehmen, die direkt oder indirekt im Dienste des internationalen Lufttransportes stehen.
- Die Zusammenarbeit mit der ICAO und anderen internationalen Organisationen.

Die IATA-Gesellschaften bestreiten etwa 92 % des Luftfrachtgeschäftes und etwa 80 - 90 % des gesamten Weltluftverkehrsaufkommens. Den Rest teilen sich die Chartergesellschaften und Nicht-IATA-Liniengesellschaften.

bb) Mitgliedschaft

Die Mitgliedschaft steht allen Luftverkehrsgesellschaften offen, die eine staatliche Konzession für den planmässigen Luftverkehr von einem Mitgliedstaat der ICAO erhalten haben. Die Aktivmitgliedschaft können nur Gesellschaften erwerben, die internationalen Luftverkehr betreiben; die Gesellschaften mit ausschliesslichen Inlanddiensten können sog. "Associate Members" werden.

cc) Organisation⁸⁷

Die IATA besteht aus drei Organen: der Generalversammlung, dem Exekutiv-Ausschuss und der Verwaltung.

⁸⁶ Vgl. Wolf, S. 95.

⁸⁷ Vgl. Burchard, Die internationalen Organisationen des Luftverkehrs, in: Europa-Archiv, 7. Jg. (1952), Nr. 19, S. 5215 ff.

Die Generalversammlung ist oberstes Organ. Sie tritt einmal jährlich zusammen und bestimmt die Verbandspolitik (Annual General Meeting). Sie wählt den Exekutiv-Ausschuss und entscheidet über die allfällige Bildung von Ausschüssen. Jedes Mitglied der GV, d.h. jedes Aktivmitglied⁸⁸ besitzt unabhängig von seiner Grösse und seinem Marktanteil eine Stimme. Sämtliche Entscheidungen dieses Gremiums werden mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen.

Der Exekutiv-Ausschuss (Executive-Committee) besteht gemäss Art. IX der IATA-Statuten aus 9 bis 18 Personen. Die wichtigsten Aufgaben des Ausschusses bestehen in der allgemeinen Geschäftsführung und der Vertretung des Verbandes nach aussen, der Wahl des Generalsekretärs und der Mitglieder der ständigen Ausschüsse, sowie der Festlegung des Verfahrens und der Zuständigkeit der Regionalkonferenzen.

Dem Exekutiv-Ausschuss sind fünf ständige Ausschüsse (Standing Committees) unterstellt,⁸⁹ die sich mit Fragen der Verkehrserleichterung (Traffic Advisory Committee), der Finanzen (Financial Committee), des Rechts (Legal Committee), der Technik (Technical Committee) und der Medizin (Medical Committee) beschäftigen.

In diesen Ausschüssen wird die allgemeine verbandswirtschaftliche Arbeit geleistet. Im Gegensatz zu den noch zu behandelnden Verkehrskonferenzen agieren die Ausschussmitglieder, obwohl Angehörige einzelner Luftverkehrsgesellschaften, nicht als deren Vertreter, sondern als unabhängige Experten, die nur den Weisungen des Exekutiv-Ausschusses unterliegen. Die Beschlüsse werden mit einfachem Stimmenmehr gefasst und bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung durch den Exekutiv-ausschuss.

88 Vgl. oben S. 32 bb).

89 Vgl. Die Ausschüsse des Weltluftverkehrsverbandes IATA, in: Interavia, 19. Jg. (1964), H. 9, S. 1340.

Die Verwaltung steht unter der Leitung eines Generaldirektors und ist ebenfalls in sachlicher und geographischer Hinsicht unterteilt. Ihr Sitz befindet sich in Montreal und Genf.

dd) Tätigkeit

aaa) Tätigkeit im Nicht-Tarif-Bereich

Zu den hervorragendsten Leistungen der IATA auf dem Gebiet der Vereinfachung der Verkehrsabwicklung auf weltweiter Ebene gehört zweifellos die Vereinheitlichung der Beförderungsbedingungen und -dokumente.⁹⁰ 1974 erhielten sie ihre gegenwärtig gültige Form.

Grosse Bedeutung kommt der Einrichtung einer zentralen Abrechnungsstelle, dem sog. "IATA-Clearing-House" mit Sitz in Genf zu. Diese Stelle übernimmt die Verrechnung von Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen den Luftverkehrsgesellschaften, wodurch deren Kosten und Risiken aus Währungs- umtausch, Kursschwankungen und in gewissem Masse auch von Zahlungsverzug oder Insolvenz eines Mitgliedes vermindert werden.

Ferner beschäftigt sich die IATA in den entsprechenden Ausschüssen mit der Gestaltung des internationalen öffentlichen und privaten Luftrechts, im medizinischen Bereich mit Fragen der Leistungsfähigkeit und auf technischem Gebiet mit Fragen der Sicherheit.⁹¹

90 IATA-Beförderungsbedingungen (Conditions of Carriage), abgedruckt in Zandtke, S. 167 ff.

91 Vgl. weiter IATA, Act of Incorporation, Articles of Association, Rules and Regulations, Montreal 1951, S. 10.

bbb) Tätigkeit bei der Festsetzung der Tarife im Luftverkehr ⁹²
Das Verhältnis Staat - Luftverkehrsgesellschaft und die
Kartellfrage vor und nach der Reorganisation

aaaa) Die Verhältnisse der "alten IATA"

Eine weitere Hauptaufgabe der IATA besteht in der Bildung der Passagiertarife und Frachtraten des internationalen Linienverkehrs. Diese Aufgabe ist gegenwärtig heiss umstritten und in Bewegung geraten. Eingeleitet wurde dieses Verfahren der Preiskoordinierung im internationalen Linienverkehr durch das bereits bekannte Bermuda-Abkommen ⁹³ zwischen den USA und England von 1946. Die Ursache liegt in einer Eigenart der amerikanischen Gesetzgebung: ⁹⁴

Die oberste amerikanische Zivilluftfahrtbehörde, das Civil Aeronautics Board (CAB), hatte durch den Civil Aeronautics Act von 1938 nur das Recht zur Kontrolle inneramerikanischer Tarife bekommen, nicht aber zur Kontrolle der internationalen Tarife der amerikanischen Gesellschaften. Andererseits hat aber das CAB die Macht, alle *Vereinbarungen* amerikanischer

92 Vgl. eingehend Stahlenbrecher, Dirlewanger, Gazdik, Rate-Making and the IATA Traffic Conferences. "The Journal of Air Law and Commerce", Vol. 16 (1949), S. 298 ff. - Burchard, Preiskartell, S. 103 ff. - Schöneborn, Die Preisbildung im nationalen und internationalen Luftpersonenverkehr, Grazer Dissertation 1958. - Schreiber, Die Tarife im Luftverkehr. Eine Untersuchung über die Grundlagen der Tarifbildung, den Aufbau und die Bedeutung der Tarife in der Luftfahrt. Nürnberger Dissertation 1959. - Kleber, Wettbewerbsverhältnisse und Preisbildung im modernen Luftverkehr. Wiener Dissertation 1960. - Keyes, The Making of International Air Fares and the Prospects for Their Control. "The Journal of Air Law and Commerce", Vol. 30 (1964) S. 173 ff. - Der Verfasser geht auf die Technik der Tarif- und Ratenbildung absichtlich nicht ein, weil dies ausserhalb der Thematik der vorliegenden Arbeit liegt. Innerhalb der Problematik dieser Tätigkeit der IATA bei der Tarifbildung wird das Augenmerk auf das Verhältnis Staat - Luftverkehrsgesellschaft gelegt, wobei sich wertvolle Rückschlüsse auf die Interessenlage dieser beiden Partner ergeben werden.

93 Vgl. vorne S. 16.

94 Vgl. Rössger/Hünemann, S. 80 f.

Luftverkehrsgesellschaften zu genehmigen. Damit bestand in diesem Fall eine Lösungsmöglichkeit darin, den amerikanischen Luftverkehrsgesellschaften im Rahmen von IATA-Tarifkonferenzen die Vereinbarung von internationalen Tarifen zu überlassen und hinterher durch ihre Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung zu regulieren. Von dieser Möglichkeit machten das CAB und die amerikanische Regierung beim Bermuda-Abkommen Gebrauch. Da nun in der Folge alle anderen Nationen sich später diesem Modell anschlossen und die Vereinbarung von Bermuda bezüglich der Preisregulierung in ihre bilateralen Luftverkehrsabkommen übernahmen, ist die Verantwortung für die Regulierung der internationalen Flugtarife in der ganzen Welt auf die IATA delegiert worden. Für die betreffenden Regierungen (Mitglieder der IATA sind ja die Luftverkehrsgesellschaften) ergeben sich somit drei Formen staatlicher Einflussnahme:

- Genehmigung oder Ablehnung von Beschlüssen.
- Erteilung von Weisungen an die Vertreter der Luftverkehrsgesellschaften.
- Äusserung von Wünschen zu den zu erreichenden Ergebnissen vor und während der Verkehrskonferenz.⁹⁵

Da die IATA-Tarifkonferenzen - früher übrigens nur einstimmig⁹⁶ - Festpreise für die einzelnen Routen vereinbaren konnten, und diese erst Gültigkeit durch die Genehmigung der einzelnen Regierungen erhielten, bestand so eine indirekte, aber voll wirksame Kontrolle und Regulierung der Preise auch durch die Regierungen.

⁹⁵ Vgl. Stahlenbrecher, S. 57.

⁹⁶ Dadurch sollte eine Majorisierung einzelner Fluggesellschaften vermieden und die Zusammenarbeit in der IATA auch für kleinere Gesellschaften attraktiv gemacht werden. Kann keine Einigung erzielt werden, besteht keine Tarifbindung, es kommt zu einer sog. "open rate situation", in der die beteiligten Regierungen die Tarife untereinander direkt vereinbaren. Da diese Situation sehr gefürchtet ist, erhält die Androhung einer allfälligen Nichtzustimmung Veto-Charakter und kann die Verhandlungsposition einer LVG enorm stärken.

Kontrolle und Regulierung der Preise durch die Regierungen.⁹⁷

Sachlich zuständig für die Festsetzung der Tarife sind die sogenannten IATA-Verkehrskonferenzen, die in der Regel alle zwei Jahre zusammentreten. Aus praktischen Gründen hat man drei Konferenzgebiete gebildet. Die Konferenz Nr. 1 umfasst die westliche Halbkugel, inklusive Grönland und Hawaii, Nr. 2 Europa, Afrika, den nahen und mittleren Osten bis zum Iran, Nr. 3 Asien, Australien und die pazifischen Inseln.

Die Interessenlage der Beteiligten bedarf aber noch der genaueren Analyse. Rössger/Hünermann bemerken dazu:⁹⁸

"Obwohl die Luftverkehrsgesellschaften oberflächlich gesehen die Möglichkeit hatten, auf den Verkehrskonferenzen wie Monopolisten zu handeln, ist dies bisher nicht der Fall gewesen. Die vereinbarten Tarife waren in der Regel ein Kompromiss zwischen den Interessen der Verkehrsnutzer, d.h. der Reisenden oder der Verladern, und den Interessen der Luftverkehrsgesellschaften, ihre wirtschaftliche Stabilität zu erhalten. Der Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen ist gerade die Schwierigkeit jeder Verkehrspolitik."

Sie führen alsbald für die (von ihnen aus gesehen) vernünftige Tarifpolitik der IATA und die geringe Zahl der Nichtgenehmigungen vor allem drei Gründe an:⁹⁹

1. Die IATA-Verkehrskonferenzen haben nicht die Macht, irgendwelche Vereinbarungen über die Beschränkung der Kapazität des Angebots zu treffen. Die Ursache hierfür liegt teilweise in der Weigerung des CAB, entsprechende Vereinbarungen zu genehmigen. Die ökonomische Wirkung des Fehlens solcher IATA-Vereinbarungen ist die, dass die LVG auf den Verkehrskonferenzen das Gefühl des freien Wettbewerbes und nicht das des Monopolisten haben. Die meisten LVG erstreben

97 Vgl. auch Wheatcroft, Air Transport Policy, S. 76.

98 Rössger/Hünermann, S. 81 f.

99 Rössger/Hünermann, S. 82 ff.

daher auf der Verkehrskonferenz möglichst Tarife mit einer gerade eben noch vertretbaren Gewinnmarge, da sie sich bei diesem niedrigen Tarifniveau die beste Lage im Wettbewerb und somit den grössten Gewinn versprechen.

2. Alle Tarifvereinbarungen waren einstimmig zu beschliessen.¹⁰⁰ Eine LVG oder eine Gruppe von LVG, die eine Senkung der Tarife wünscht, war in einer sehr starken Position, da sie drohen konnte, gegen jede andere Vereinbarung ihr Veto einzulegen. Da alle Tarifvereinbarungen auf ein bis zwei Jahre begrenzt sind, würde ein Scheitern einer neuen Tarifvereinbarung die "open-rate-situation" für das nächste Jahr bedeuten. Dies wird allgemein von den LVG als grosses Uebel empfunden, da sie fürchten müssen, unter Umständen in diesem Fall die ihnen von den Regierungen delegierte Verantwortung zur Vereinbarung internationaler Tarife zu verlieren.
3. Verhandlungsziel, Verhandlungsmarge und Verhandlungstaktik der Delegierten der LVG auf den IATA-Konferenzen werden von den Delegierten vorher mit ihren Regierungen abgestimmt. Damit sind die Regierungen meist schon indirekt an den Konferenzen beteiligt.

Dazu muss noch ein weiteres Moment kommen: Die Nichtlagerfähigkeit der Luftverkehrsleistung in Verbindung mit einer hohen Fixkostenbelastung, mit saisonalen Nachtrageschwankungen und einem begrenzten Wachstum der Nachfrage trifft alle LVG gleichermassen, so dass eine gleiche Interessenlage erzeugt wird, nämlich eine bessere Kapazitätsauslastung zu erreichen.¹⁰¹

Jede Verhaltenskoordination von Mitgliedern einer Gruppe

¹⁰⁰ Vgl. vorne, S. 36 Anm. 96.

¹⁰¹ Hülsenthal, S. 187.

durch Absprachen (unter Bedingungen der Freiheit) setzt eine gewisse Aehnlichkeit, aber auch Verträglichkeit der Interessenlagen voraus. Die Stabilität dieser Gruppe ist dann in der Folge davon abhängig, ob die individuellen Zielsetzungen einen Konsens gestatten, der frei von destruktiven Spannungen ist. Das heisst für die IATA, dass ihre Ziele so ausgestaltet sein müssen, dass ein solchermassen gleichgerichtetes Verhalten der Mitglieder möglich ist, d.h., die IATA muss ein Ziel verfolgen, dass die Realisierung der Zielgemeinschaft das Interesse der Mitglieder, in dieser Organisation zu bleiben, fördert.¹⁰² Das Verhalten der IATA wird nun wesentlich durch folgende Umstände vorgeprägt:

Die Mitglieder der IATA sind zwar Luftverkehrsgesellschaften; aber wie wir bereits wissen, spielen die Luftfahrtbehörden im Hintergrund eine wichtige Rolle: Die Tarife und Raten müssen von ihnen genehmigt werden.¹⁰³ Sie sind es auch, die die Flugpläne festsetzen oder genehmigen;¹⁰⁴ dasselbe gilt für die Beförderungsbedingungen.¹⁰⁵ Von ganz entscheidender Bedeutung ist auch die Tatsache, dass die Staaten über die Zulassung von Unternehmungen in ihrem Hoheitsgebiet entscheiden, sie vergeben die Verkehrsrechte und verfügen mit dieser Hoheit über ihren Luftraum über ein einschneidendes Interventions-Instrument. Darüberhinaus sind sie durch Subventionszahlungen an die einheimischen Gesellschaften, die meist mit Bedingungen verknüpft sind und durch Beteiligung an Gesellschaftskapital und Verwaltung eng mit "ihren" LVG verflochten. Gerade diese Verflechtung führt eben dazu, dass die staatlichen Behörden erhebliche Interessen an ihre Existenz und Funktionstätigkeit knüpfen. Die Motive sind ver-

102 So z.B. die Möglichkeit der sog. "Durchtarife".

103 Vgl. vorne S. 35 f.

104 Vgl. für die Schweiz Art. 4 Ziff. 1 SR-Konz. (Anhang

105 Vgl. für die Schweiz Art. 7 Ziff. 1 SR-Konz. (Anhang

schiedener Art.¹⁰⁶ Es gibt militärische Ueberlegungen (personelle und materielle Transportreserve), wirtschaftliche Ueberlegungen (volkswirtschaftliche Bedeutung für Belegschaft, Flugplatzregion; Bedeutung für Handel, Diplomatie, Tourismus; Post; Förderung der einheimischen Flugzeugindustrie etc.), "psychologische" Ueberlegungen (Prestige-Gründe, LVG als "nationaler Werbeträger" etc.). Bezüglich dieser Interessen dürfte zwischen Staat und LVG Uebereinstimmung bestehen. Die Schwierigkeiten entstehen an anderer Stelle. Die Tarife für den grenzüberschreitenden Verkehr werden nicht einseitig festgelegt, sondern zwischen (mindestens) zwei Partnern.¹⁰⁷ Die definitive Festlegung bzw. Genehmigung behalten sich die Regierungen in solchen bilateralen Staatsverträgen vor. Dies geschieht, um den Staatshaushalt vor nicht kostendeckenden Tarifen - gleichbedeutend in der Folge mit Subventionen - und andererseits den Kunden vor überhöhten Tarifen zu schützen, daneben spielen Gesichtspunkte der Flugsicherheit mit. Mit dieser bilateralen Absicherung der IATA-Beschlüsse einher geht die Vergabe der Verkehrsrechte, wo z.T. diskriminierend vorgegangen wird. So wurden z.B. in den Verhandlungen zwischen der BRD und den skandinavischen Ländern für die SAS in der BRD weitgehende Verkehrsrechte durch die Androhung einer Drosselung der Kraftfahrzeugimporte der skandinavischen Länder aus der BRD erzwungen. Ursprünglich wöchentlich achtundzwanzigmal gewährte Rechte der 5. Freiheit¹⁰⁸ reduzierte die BRD auf sechzehn und musste schließlich einen Kompromiss von vierundzwanzig Rechten eingehen. Ein anderes Beispiel für eine Verknüpfung von Wirtschaftsinteressen und Vergabe von Luftverkehrsrechten war die Kündigung zahlreicher Luftverkehrsabkommen, die anfangs des Jahres 1962 von Brasilien ausgesprochen wurde. Es kündigte die Ver-

106 Hier nur summarisch angeführt.

107 Am Aushandeln des Flugpreises z.B. zwischen London und New York sind nur zwei Regierungen mittelbar beteiligt, aber ca. 20 Länder hängen nachher davon ab.

108 Vgl. vorne S. 11.

träge mit all denjenigen Ländern, die von der brasilianischen LVG Panair do Brasil und VARIG nicht angefliegen wurden.

Gleichzeitig gab Brasilien zu verstehen, dass es nur dann an einer Erneuerung der Verkehrsabkommen interessiert sei, wenn die Länder, die ihrerseits weiterhin an einem Flugverkehr nach Brasilien interessiert wären, sich zur Abnahme zusätzlicher Exportprodukte (z.B. Kaffee) bereit erklärten. Bei den betroffenen Ländern und deren Fluggesellschaften, zu denen z.B. auch die SWISSAIR gehört hat, hat dieser "freiwillige Zwang" grosses Unbehagen ausgelöst, zumal das Interesse gross war, weiterhin am Verkehr nach Brasilien zu partizipieren.¹⁰⁹

Man kann sich jetzt mit Recht fragen, wie die IATA all diesen Interessen gerecht werden kann. Zunächst müssen wir davon ausgehen, dass die IATA heute allgemein als Preiskartell des Linienluftverkehrs angesehen wird.¹¹⁰ Die "Strategien der Anpassung" fassen Frerich/Pöttsch treffend zusammen¹¹¹:

"Im Interesse einer möglichst grossen Breitenwirkung des IATA-Kartells, insbesondere aber im Interesse einer funktionsfähigen Netzbildung, muss die IATA angesichts der staatlichen Interventionsmöglichkeiten davon ausgehen, dass soweit wie nur möglich die Einzelinteressen der Kartellmitglieder gewahrt bleiben. In Anbetracht divergierender staatlicher Interessenlagen, unterschiedlichen Kostenstrukturen bei den einzelnen Luftverkehrsgesellschaften [...] wird die IATA deshalb nur dann ein umfassendes [und stabiles] Kartell bilden können, wenn kein Mitglied befürchten muss, durch die Kartellbeschlüsse majorisiert zu werden. Dies ist nur möglich, wenn

109 Vgl. Jochenning, S. 199 f.

110 Aberle, Sozioökonomische Expansionsgrenzen des Luftverkehrs, in: Wirtschaftsdienst 1975/XI, S. 559. - Dirlewanger, Die Preisdifferenzierung im internationalen Luftverkehr, Diss. Bern 1969; Huber, in: SZV Nr. 4, Dez. 1977, 32 Jg. S. 30; Frerich-Pöttsch, a.a.O.; dagegen Schweickhardt, S. 29 ff., vgl. hinten S. 114 ff.

111 Frerich/Pöttsch, S. 110 f.

die Beschlüsse mit Einstimmigkeit gefasst werden, wie es in der IATA-Satzung vorgesehen ist. Andererseits muss dieses Prinzip funktionsfähig sein, damit überhaupt Beschlüsse zustandekommen. Die IATA muss deshalb Strategien entwickeln, die eine Konvergenz der unterschiedlichen Meinungen bewirken. Auf eine solche Konvergenz sind das Verfahren der Gebietsaufteilung, das Prinzip der Bildung einer Zweierkoalition¹¹² durch die Kartellmitglieder und die Möglichkeit einer bilateral geregelten Ertragspoolung¹¹³ ausgerichtet. Der innere Zwang zu einer Meinungsangleichung geht dabei im wesentlichen von der Einstimmigkeitsregel selber aus."

Auch Specht¹¹⁴ verweist auf die Eigenart der IATA in dieser Beziehung. Die Vielzahl ihrer Absprachen über Beförderungsbedingungen, Tarife und Flugpläne macht sie seines Erachtens zumindest zu einem atypischen Kartell: "Sie ist Preis- und Konditionenkartell sowie Rationalisierungskartell, da sie innere Organisation, technische und kommerzielle Angelegenheiten ihrer Mitglieder durch Vereinbarungen abstimmt."¹¹⁵ Der Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Tätigkeit der IATA müsste dann tatsächlich grundsätzlich dem Kartellrecht unterliegen. Specht ist aber der richtigen Ansicht, dass das Kartellverbot und die Kartellaufsicht für den Linienverkehr nur eine untergeordnete Rolle spielen können wegen der staatlichen Lizenzierung und Kontrolle, wie sie auch die Schweiz kennt. Die IATA ist dann ein "zugelassenes Kartell", was sich mit den besonderen strukturellen Unterschieden des Luftlinienverkehrs zu anderen Bereichen erklären lässt.¹¹⁶

Schweickhardt geht weiter und spricht der IATA überhaupt die

112 Vgl. Frerich-Pötzsch, S. 111.

113 Ebenda.

114 A.a.O., S. 169 ff.

115 Specht, S. 170.

116 Ders., S. 172.

Kartellnatur ab.¹¹⁷ Er geht davon aus, dass ein Preiskartell einen aufgrund einer freien Vereinbarung zustande gekommenen Zusammenschluss einer Mehrzahl von Firmen voraussetzt, die auf freiwilliger Basis Preisabmachungen auf dem privaten Markt treffen und sich gleichzeitig zusichern, diese Preise einhalten zu wollen. Sie schränken so freiwillig die den privaten Markt beherrschende freie Konkurrenz ein. Darin sieht Schweickhardt den Gegensatz zur IATA, wo es sich bei den Tarifbeschlüssen nicht um eine freiwillig eingegangene Wettbewerbsbeschränkung handelt, sondern um eine der IATA bzw. ihren Mitgliedsgesellschaften von denen Regierungen aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarung übertragene Funktion auf einem Gebiet, das ohnehin den Regeln des freien Wettbewerbes entzogen ist. Er geht weiter und sagt, dass, wenn es sich so verhält, dass ohne das Einverständnis mindestens zweier Regierungen kein internationaler Tarif zustande kommen kann und sich diese Preiseinigung auf ein der freien Konkurrenz entzogenes staatliches Monopol oder in anderen Ländern zumindest auf eine vom Staat aus wirtschaftspolitischen Gründen kontrollierte Tätigkeit bezieht, man doch nicht von einem Kartell sprechen könne. "Im Grund genommen handelt es sich um eine staatsvertraglich geregelte Tariffestsetzung, die von den Regierungen aus verständlichen Gründen unter Genehmigungsvorbehalt an deren nationale Luftverkehrsunternehmen delegiert wird."¹¹⁸

Eine ganz andere Frage ist, wie weit dieses Preisregelungsverfahren der IATA mit dem jeweiligen einheimischen Kartellrecht oder z.B. auch mit den Antitrust-Gesetzen der USA¹¹⁹ zu vereinbaren sind.

117 Schweickhardt, S. 29 f.

118 Ders. S. 30.

119 Zur Situation bei den US - LVG vergleiche nachstehend
bbbb) Die "neue" IATA.

bbbb) Die Verhältnisse der "neuen" IATA¹²⁰

Die Reorganisation der IATA geht auf eine langjährige Entwicklung zurück, die schliesslich im Jahre 1979 zu z. T. fundamentalen Neuerungen, namentlich im Tarifungsbereich führte. Unter dem neuen System der Mitgliedschaft gehören alle Mitgliedgesellschaften der sog. Trade Association an, die den gesamten nicht-kommerziellen Bereich umfasst, an, während die Beteiligung an der Tarifkoordination freiwillig ist. Dieser Mechanismus wurde ebenfalls fundamental erneuert durch einen völlig neuen Abstimmungsmodus: die Tarifbeschlüsse bedürfen nicht mehr der Einstimmigkeit sämtlicher IATA-Mitgliedgesellschaften, sondern nur diejenigen LVG, die auch an der Tarifkoordination tatsächlich teilnehmen, haben in diesem Bereich ein Stimmrecht. Die Mitglieder nur der Trade Association schliessen sich davon aus. Sie können so von den in der Tat grossen nicht-kommerziellen Leistungen profitieren. Gleichzeitig wurden die regionalen Bereiche, innerhalb derer die Tarifkonferenzen tätig werden, massiv verkleinert, so dass tatsächlich nur die unmittelbaren Interessenten ihre Tarifverhältnisse gemeinsam regeln. Hier gilt allerdings die Einstimmigkeitsregel weiter. Damit hat sich die IATA einem ganz neuen Interessentenkreis geöffnet. Von ganz entscheidender Bedeutung war diese Reorganisation für die internationalen Linienluftverkehrsgesellschaften der USA. Zunächst unabhängig vom Problem der Anti-Trust-Immunität wird der Weg dieser Gesellschaften zurück in die IATA wieder offener, wovon allen voran die Pan American Airways bereits Gebrauch gemacht haben: sie sind bereits wieder Mitglied der Trade Association. Die Frage der Anti-Trust-Immunität, die durch den "Order to show

120 International Traffic Handbook, World Airline Cooperation, IATA 1981, S. 1 - 11.

cause" (Order 78 - 6 78) aufgehoben wurde und die US-Gesellschaften zum Austritt zwang, befindet sich gegenwärtig in (rechtlicher) Prüfung. Die wirtschaftlich schon teilweise katastrophalen Folgen der neuen amerikanischen Luftverkehrspolitik der "open skies" oder der sog. "deregulation" nach dem IATA-Austritt ¹²¹ und die neue Philosophie der neuen Administration in Washington setzten Zeichen dafür, dass der Entscheid, der im Januar 1982 erwartet wird, zugunsten der Anti-Trust-Immunität ausfallen dürfte, zumindest für den Nordatlantikverkehr. Dies hätte nach der neuen IATA-Organisation zur (beabsichtigten) Folge, dass die US-Gesellschaften auch an den entsprechenden Tarifkonferenzen wieder Teilnehmer sein könnten. Ein diesbezügliches Begehren der Pan Am wurde bereits an die IATA herangetragen. ¹²²

¹²¹ Vgl hinten S. 156 ff.

¹²² IATA Informations No. 4. F. 23. März 1981, "Pan Am de retour au sein de la IATA."

2. T E I L : DIE EXTERNE BINDUNG DER LUFTVERKEHRSGESELLSCHAFT

A. DAS STAATLICHE LUFTVERKEHRSMONOPOL ALS URSPRUNG DER BINDUNG UND DIE FOLGEN FÜR DEN SCHWEIZERISCHEN LUFTVERKEHR

I. DER LUFTVERKEHR IN DER SCHWEIZERISCHEN BUNDESVERFASSUNG

1. Die Entstehung von Art. 37^{ter} der Bundesverfassung

Gegen Ende des Jahres 1908 wurde dem Bundesrat eine Motion¹ eingereicht, die darauf gerichtet war, dem Bund durch eine Teilrevision der Verfassung die Gesetzgebungskompetenz über den Automobil- und Fahrradverkehr zu übertragen. Der Bundesrat, der zu diesem Zeitpunkt die Zukunft des Luftverkehrs bereits ahnte, erweiterte diese Motion aus eigenem Antrieb und beantragte daher in seiner Botschaft vom 22. März 1910² gleichzeitig mit dem Strassenverkehr auch die rechtliche Ordnung des Luftverkehrs zur Bundessache zu erklären, nicht zuletzt, weil man sich darüber einig war, dass das Postregal für die gesamte gesetzliche Erfassung der Luftfahrt nicht genügen würde.³ Dass der Bund auf diesem Gebiet legislieren sollte, war unbestritten. Burckhardt führt dazu aus, dass es richtig sei, den Bund für zuständig zu erklären, "die Erlaubnis zur Unternehmung von Luftfahrten zu erteilen oder zu verweigern, und zwar nicht nur aus polizeilichen Gründen, d.h. aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, sondern namentlich auch aus militärischen, fiskalischen, gesundheitspolizeilichen, Zoll- und anderen -Gründen."⁴ Ebenso war

1 Motion Walther vom 8. Dezember 1908.

2 BBl. 1910 II 606.

3 Vgl. Neff, S. 98.

4 Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 3210.

es vorauszusehen, dass früher oder später auf dem Gebiet der Luftfahrt Staatsverträge geschlossen würden; dies konnte der Bund auf diesem Gebiet tun, wenn es eine staatspolitische Angelegenheit war oder wenn er auf diesem Gebiet das Recht der Gesetzgebung besitzt.

Zunächst musste also eine Kompetenzausscheidung zwischen dem Bund und den Kantonen stattfinden. Burckhardt bemerkte dazu: "Die Zuständigkeit des Bundes erklärt sich genügend aus der Notwendigkeit einer einheitlichen Ordnung; notwendig ist diese Einheitlichkeit nicht nur, weil die kantonalen Gebiete zu klein sind, sondern auch, weil die Schweiz selbst sich der internationalen Ordnung anpassen muss."⁵ Lättsch stellt ausserdem ebenfalls, wie oben angetönt, fest, dass der Bund in die Lage versetzt werden sollte, mit fremden Staaten Luftverkehrsabkommen treffen zu können, wozu aber eben diese vorgängige innerstaatliche Kompetenzausscheidung unumgänglich war.⁶

2. Der Inhalt von Art. 37^{ter} der Bundesverfassung

Was den Wortlaut angeht, so ist Art. 37^{ter} dem Art. 26 (Bahnen) und 24^{ter} (Schifffahrt), auch Art. 32^{bis} nachgebildet, "im bewussten Gegensatz zu den Art. 25, 34, 34^{ter}, 69^{ter}, die nur die gesetzliche Normierung einer privaten Tätigkeit vorsehen, und zu den Art. 28, 34^{bis}, 34^{quater}, 36, 39 und 41, wo die Verstaatlichung durch den Bund vorgezeichnet ist."⁷ Welches ist nun aber der Umfang dieser Bundesgesetzgebungskompetenz? Es scheint sich unzweideutig um eine umfassende ausschliessliche Bundeskompetenz zu handeln. "Gesetzgebung"⁸

5 Burckhardt, Kommentar BV, S. 323.

6 Lättsch, S. 26.

7 Burckhardt, Kommentar BV, S. 323.

8 Der Bundesrat beantragte in seiner Botschaft vom 22. März 1910 (BBl. 1910 II 606 ff.) dem Art. 37^{bis} BV betreffend dem Automobil- und Fahrradverkehr folgenden letzten Satz beizufügen: "Die Gesetzgebung über die Luftschifffahrt ist Sache des Bundes."

bedeutet also nicht nur die Aufstellung von Vorschriften über die Ausübung einer grundsätzlich privaten Tätigkeit, sondern auch die Entscheidung darüber, ob und wie weit die Luftschiffahrt Privat- oder Staatssache sein soll, welche grundsätzliche Entscheidung allerdings auch auf dem Wege der Gesetzgebung [Luftfahrtgesetz] wird getroffen werden müssen. Der Bund kann die Luftschiffahrt verstaatlichen oder, als private Tätigkeit, bloss polizeilich regeln. Er kann sie aber auch, wie die Eisenbahn oder die Ausgabe von Banknoten, zum Gegenstand staatlicher Verleihung machen, sei es jede Luftschiffahrt, sei es gewisse Formen oder in gewissen Beziehungen, z.B. Schutz des Postregals oder der Zoll- und Militär-J. 'Gesetzgebung' bedeutet auch nicht, sowenig wie bei Art. 26 und 24^{ter}, dass die Vollziehung dem Bunde entzogen: der Bund kann sich vielmehr durch seine Gesetzgebung auch die Vollziehung seiner Vorschriften vorbehalten."⁹

Es dauerte schliesslich dreizehn Jahre, bis diese Materie Einzug in die Bundesverfassung fand. Ebenfalls bewirkte der Ausbruch des ersten Weltkrieges die Bereinigung der Verfassungsvorlage. Hinderlich war auch die Verbindung der Vorlage mit dem Automobilverkehr, die schliesslich zu einer Ablehnung der Vorlage im Ständerat führte, der ihr aber auch nach der Trennung der beiden Bereiche seine Zustimmung weiter versagte. Der Ausbruch des Krieges zwang den Bundesrat zum Erlass des Notverordnungsrechts, wodurch die Vorlage ebenfalls in den Hintergrund gedrängt wurde. Sie wurde von den Räten erst im Jahre 1916 wieder aufgenommen. - Zur Volksabstimmung kam es am 14. Februar 1921, in welcher der Luftfahrtartikel mit 210'447 Ja gegen 127'943 Nein Einzelstimmen und mit 20½ gegen 1½ Ständesstimmen in der Form, wie es der Bundesrat beantragte,¹⁰ angenommen wurde.

9 Burckhardt, Kommentar BV, S. 323 f.

10 Vgl. vorne Anm. 8.

II. DIE BEDEUTUNG VON ART. 37^{ter} DER BUNDESVERFASSUNG FÜR DIE VOLLZUGSKOMPETENZ DES BUNDES

Wir haben oben bereits festgestellt, dass Art. 37^{ter} BV dem Bund eine umfassende ausschliessliche Bundeskompetenz überträgt. Dem Bund steht somit ebenfalls die Gesetzesvollzugskompetenz zu. Nach Giacometti ist diese nämlich stets dann gegeben, wenn die Verfassung dem Bund eine umfassende Kompetenz verleiht und bezüglich der Vollzugskompetenz keine gegenteilige Regelung enthält.¹¹

III. DAS LUFTFAHRTGESETZ¹²

1. Die Entstehung des Gesetzes¹³

Nach dem Ende des ersten Weltkrieges waren endlich die Voraussetzungen für die freie Entwicklung der Handelsluftfahrt gegeben und die Beschränkungen des Notverordnungsrechtes des Bundesrates konnten aufgehoben werden. Zunächst erliess das Eidgenössische Militärdepartement am 18. Juli und 1. August 1919 zwei provisorische Regelungen des Luftverkehrs in der Schweiz. Diese provisorischen Vorschriften wiederum wurden durch einen Bundesratsbeschluss vom 27. Januar 1920 betreffend die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz (Luftverkehrsverordnung, LVO), der auf den 1. April 1920 in Kraft trat, aufgehoben. Zur Leitung des Luftwesens wurde in Ausführung von Art. IV LVO aus der Aufsichtskommission am 9.3.1920 das Eidgenössische Luftamt als Abteilung des heutigen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartementes geschaffen. Diese Regelung blieb während dreissig Jahren in Kraft und bildete

11 Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 105.

12 Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21.12.1948, SR 748.0.

13 Vgl. Neff, S. 101 ff., 109 ff; ferner ausführlich Lättsch, S. 43 ff.

schliesslich auch die Grundlage zum heute gültigen Bundesgesetz über die Luftfahrt. Nach weiteren drei Jahren Kommissionsarbeit in National- und Ständerat konnten die eidgenössischen Räte endlich am 21. Dezember 1948 das Bundesgesetz über die Luftfahrt (LFG) genehmigen, und zusammen mit der Vollziehungsverordnung am 15. Juni 1950 konnte es vom Bundesrat in Kraft gesetzt werden. Inzwischen wurde es dreimal revidiert.

2. Das Verständnis der Bundesgesetzgebungskompetenz in den Materialien zum Luftfahrtgesetz

In den gesamten Materialien gab die Frage nach dem Umfang dieser Kompetenz keinen Anlass mehr zu Diskussionen. Man schloss sich vielmehr den oben zitierten Ausführungen von Burckhardt zu Art. 37^{ter} BV an. Der damalige Bundesrat Celio verweist in seinem Exposé "Die Organisation des schweizerischen Luftverkehrs"¹⁴, das als Unterlage diente für die Verhandlungen in den Kommissionen von National- und Ständerat, ausdrücklich auf die betreffende Stelle in Burckhardts Kommentar zur Bundesverfassung.

IV. ART. 37^{ter} DER BUNDESVERFASSUNG ALS EINE EIN RECHTLICHES MONOPOL DES BUNDES BEGRÜNDENDE NORM

1. Der Begriff des Monopols

"Monopole sind staatliche Tätigkeitsbereiche, in denen Private ohne Konzession nicht tätig sein dürfen. Das Gemeinwesen kann die Monopolaufgaben selbst verwirklichen oder durch Uebertragung entsprechender Rechte (und Pflichten!) diese

14 A.a.O., S. 7.

Tätigkeit durch Dritte ausführen lassen. Den Privaten ist es aber untersagt, ohne staatliche Konzession Tätigkeiten im Rahmen des Monopolbereiches auszuführen." Soweit die Definition von Fleiner.¹⁵ Vor allem bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nimmt das Gemeinwesen für bestimmte Tätigkeiten Monopole in Anspruch. Dabei gilt es verschiedene Arten zu unterscheiden.

2. Die Arten von Monopolen

Fleiner unterscheidet zwei Arten von Monopolen, nämlich rechtliche und faktische¹⁶, Müller dagegen drei: ebenfalls das faktische, daneben ein mittelbar rechtliches und ein unmittelbar rechtliches Monopol.¹⁷ Unmittelbar rechtliche Monopole beruhen danach unmittelbar auf einem Rechtssatz. Allen Rechtssubjekten ausser dem Monopolinhaber ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit verboten. Bei mittelbar rechtlichen Monopolen wird durch Rechtssatz zugunsten einer öffentlichen Einrichtung der Benutzungszwang eingeführt. Es ist niemandem verboten, die gleichen Leistungen anzubieten wie die öffentliche Einrichtung. Das mittelbar rechtliche Monopol entsteht, wenn eine solche parallele private Betätigung wirtschaftlich nicht möglich ist. Das faktische Monopol geht davon aus, dass eine bestimmte Tätigkeit jedermann offensteht. Es ist jedoch nur einer in der Lage, sie tatsächlich auszuüben.

Auf die Zulässigkeit von Monopolen wollen wir nicht eingehen¹⁸, ebenfalls nicht auf den Sinn des Begriffes des Monopols in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, der ein anderer ist als der in der juristischen.¹⁹

15 Vgl. Fleiner, Verwaltungsrecht, S. 436.

16 Ebenda.

17 Müller, Gemeinwesen, S. 144.

18 Müller, Gemeinwesen, S. 145 Anm. 171/2.

19 Ders. S. 144 Anm. 167.

3. Art. 37^{ter} BV begründet ein rechtliches Monopol des Bundes

Art. 37^{ter} statuiert in der Bundesverfassung eine ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiete der Luftschiffahrt. Er erfüllt somit die Voraussetzungen, um als rechtliches Monopol zu gelten. Die Monopole des Bundes bedürfen unbedingt der ausdrücklichen Verfassungsgrundlage. In der Folge sprechen wir deshalb vom Luftverkehrsmonopol des Bundes.

V. LUFTVERKEHR ALS VERWALTUNGSAUFGABE DES BUNDES

1. Allgemeines zum Begriff der Gesetzgebung

Wir haben oben mit Burckhardt festgestellt,²⁰ was in Art. 37^{ter} BV mit "Gesetzgebung" gemeint ist. Primär erklärt dieser Artikel die Luftschiffahrt zur Bundessache. Das heisst, dass der Bund auch die entsprechenden Unternehmen betreibt, genauer, dass er sie selbst betreiben kann, wenn er will. Luftschiffahrt allgemein und Fluglinienverkehr im speziellen, ist eine Verwaltungsaufgabe des Bundes, und zwar aus dem Bereich der Leistungsverwaltung. Dieser Begriff bedarf der Klärung.²¹

2. Luftverkehr als Aufgabe der staatlichen Leistungsverwaltung

Grundsätzlich gilt es drei Verwaltungszweige zu unterscheiden: die sogenannte Eingriffsverwaltung²², die sogenannte fiskalische und die Leistungsverwaltung. Unter Eingriffsverwaltung versteht man die Verwaltung, "die ausschliesslich in hoheit-

20 Vgl. oben S. 47 f.

21 Vgl. Stoffel, S. 166 ff.; Müller, Gemeinwesen, S. 21 ff., 110 ff.

22 Synonyme sind auch Ordnungsverwaltung, obrigkeitliche Verwaltung, echte Hoheitsverwaltung.

lichen, d.h. öffentlich-rechtlichen Rechtsformen tätig wird und die typische Verwaltungsform des liberalen Rechtsstaates bildet"²³; sie erscheint in erster Linie als polizeilicher Eingriff zum Schutz der klassischen polizeilichen Güter, die im Bereich des Polizeirechtes, sowie des Steuer- und Zollrechtes einzuordnen sind.

Der Begriff der fiskalischen Verwaltung ist schwer zu fassen, und es bieten sich verschiedene Ansatzpunkte an,²⁴ und überhaupt gibt es heute keine allgemein anerkannte Definition. Am ehesten lässt sie sich durch ihre Betätigungsfelder abgrenzen. Zunächst handelt es sich um die rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit öffentlicher Gemeinwesen.²⁵ Als weiteres Gebiet nennt Stoffel die sogenannt privatwirtschaftlichen Hilfgeschäfte,²⁶ "durch welche sich die Verwaltung die notwendigen sachlichen und personellen Mittel beschafft, damit sie ihre Aufgaben überhaupt wahrnehmen kann. Die Verwaltung kauft Schreibmaschinen, mietet Büroräumlichkeiten, schliesst private Dienstverträge ab, kurz gesagt, sie handelt wie jeder Private." Als drittes bleibt die Verwaltung des Finanzvermögens, das dem Staat zur Einnahmenbeschaffung dient und infolgedessen nur mittelbar zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beiträgt.

Der dritte und letzte Zweig ist die Leistungsverwaltung. Auch hier müssen wir uns damit abfinden, dass keine allgemein anerkannte Definition existiert. Müller empfiehlt²⁷ vom Unterschied zwischen ordnender und leistender Verwaltung auszugehen. Beide wirken auf die ursprünglich freien Interessen der Mitglieder ein; die Ordnungsverwaltung einschränkend, die

23 Stoffel, S. 167 f.

24 Müller, Gemeinwesen, S. 21 ff.

25 Beispiele bei Stoffel, S. 169 Anm. 80: der Fiskus tritt als Bierbrauer, Stromlieferant, Bankier usw. auf.

26 Ebenda und zit. in Anm. 81.

27 Vgl. Müller, Gemeinwesen, S. 112 und Anm. 7.

Leistungsverwaltung fördernd, sie umfasst gewährende Tätigkeiten. Prototypen dieser Leistungsverwaltung sind etwa die Gas-, Wasser- und Stromversorgung. Verallgemeinernd kann man sagen, dass die Massnahmen, mittels derer die Leistungsverwaltung die Interessensverfolgung der einzelnen fördert, zur Hauptsache neben dieser Bereitstellung öffentlicher Sachen zum Gemeingebrauch in der Bereitstellung nutzbarer öffentlicher Anstalten und daneben in der Vergabe von Geldmitteln (sprich Subventionen) besteht. Gleichzeitig setzt sich die Leistungsverwaltung zur Aufgabe, "den Bürger mit Leistungen des alltäglichen Bedarfs zu beliefern, die von der Privatwirtschaft zu sozial angemessenen Bedingungen nicht erbracht werden."²⁸

Der für diese Arbeit äusserst wichtige Charakterzug, neben dem oben zitierten, besteht in der Tatsache, dass sie sich neben den öffentlich-rechtlichen auch oft weitgehend privatrechtlicher Rechtsformen zur Lösung der konkreten Verwaltungsaufgaben bedient. Materiell bleibt sie öffentliche Verwaltung, aber sie zieht sich ein "privatrechtliches Kleid"²⁹ über, was man neuerdings mit Verwaltungsprivatrecht bezeichnet.

VI. DIE MOEGLICHKEITEN DER ERFUELLUNG DER STAATLICHEN VERWALTUNGSAUFGABE

1. Die Grundlagen

Wir gehen aus von zwei Feststellungen, die wir bereits oben gemacht haben: Die erste betrifft die Definition des Monopols bei Fleiner, genau den zweiten Satz, wo er feststellt, dass

²⁸ Stoffel, S. 167 (Hervorhebung vom Verfasser).

²⁹ Vgl. Müller, Gemeinwesen, S. 26 Anm. 45.

das Gemeinwesen entweder die Monopolaufgaben selbst verwirklichen kann oder durch Uebertragung entsprechender Rechte auf Dritte übertragen kann.³⁰ Die zweite Feststellung betrifft die Auslegung von Art. 37^{ter} BV, genauer, des Begriffs der "Gesetzgebung" dieses Artikels, die Burckhardt im Kommentar zur Bundesverfassung vorgenommen hat.³¹ Er ist zu dem Schluss gekommen, dass "Gesetzgebung" in Art. 37^{ter} BV auch die Entscheidung darüber enthalte, ob und wie weit die Luftschiffahrt Privat- oder Staatssache sein soll. Betrachten wir zunächst zwei Fälle, wo die Möglichkeit des staatlichen Eigenbetriebes gewählt wurde.

2. Die Erfüllung durch bundeseigene Anstalten

a) Die Schweizerische Bundesbahnen (SBB)

Für die Bundesbahn hat die Schweiz die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt gewählt. Diese Lösung findet man in den meisten Staaten. Die ganz spezielle raumordnungs- und sozialpolitische Funktion des Bahnbetriebes fordert die umfassende staatliche Garantie. Abgesehen davon, werden die aus diesen beiden Funktionen resultierenden Verpflichtungen kaum von einem Privatbetrieb übernommen, da sie kaufmännischen Interessen zuwiderlaufen.³²

Die Eisenbahnhoheit ist im schweizerischen Recht verankert in Art. 26 BV und gibt dem Bund das Recht der Gesetzgebung über die Eisenbahnen.³³ Für den Bau und Betrieb von Eisenbahnen bedarf es einer Konzession, d.h. der Bund, der das Eisenbahnmonopol besitzt, kann dieses selbst verwalten, was

30 Siehe vorn, S. 50 f.

31 Siehe vorn, S. 47 f.

32 Vgl. hinten die "gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung", S. 62 ff.

33 Vgl. Fleiner, S. 438; Stamm, S. 29 ff.; Staebelin, Karl, Die Eisenbahnkonzession nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1938; Wiedemann, L.P., Die geschichtliche Entwicklung der schweizerischen Eisenbahngesetzgebung, Zürich, 1905.

er weitgehend mit den SBB tut, oder er lässt überhaupt oder daneben konzessionierte Privatbahnen zu. In der Schweiz hat man diese letztere Lösung getroffen.

Die Grundlage für die Organisation der SBB findet sich im Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen.³⁴

Das Unvermögen der Kantone, öffentliche Interessen gegenüber den mächtigen privaten Eisenbahngesellschaften im erforderlichen Mass durchzusetzen, muss als Hauptgrund dafür angesehen werden, dass die Eisenbahnhoheit des Bundes statuiert wurde³⁵ im Zusammenhang mit dem Eisenbahngesetz von 1872.

b) Die Post (PTT)

Etwas anders liegen die Verhältnisse bei der Regelung des Postverkehrs. Nach Art. 36 Abs. 2 BV besteht eine eidgenössische Post- und Telegrafverwaltung. Demzufolge überträgt das Bundesgesetz über den Postverkehr³⁶ dem Post- und Telegrafbetrieben das ausschliessliche Recht, Briefe, Karten und Reisende in regelmässigen Fahrten zu befördern, soweit dieses Recht nicht durch ein anderes Bundesgesetz (Eisenbahnen) eingeschränkt ist. So verwaltet die Anstalt PTT das Monopol allein.

Während aber für die Erteilung einer Konzession zum Bau und Betrieb von Eisenbahnen die Bundesversammlung zuständig ist, werden Konzessionen auf dem Gebiet des Postregals vom Bundesrat oder vom Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement erteilt. Beide Betriebe werden, soweit möglich, nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen geführt (die PTT erfolgreicher als die SBB). Dies zeigt schon ihre Organisation mit Verwaltungsrat und Generaldirektion. Allein, bei der Tarifpolitik sind

34 SR 742.31.

35 Im Rahmen der Totalrevision der BV von 1874.

36 SR 783.0.

diese eidgenössischen Betriebe nicht frei. Die Tarife müssen in der Regel durch politische Organe (Gesetzgeber, Bundesversammlung, Bundesrat oder Departement) nach dem Grundsatz der Kostendeckung festgelegt werden. Das Gemeinwesen darf seine Monopolstellung nicht für fiskalische Zwecke missbrauchen.

Das Rechnungswesen der beiden Betriebe ist ebenfalls unterschiedlich organisiert. Beide Betriebe führen eine eigene Rechnung. Nach Art. 10 PTT-OG fällt der Reinertrag automatisch in die Bundeskasse. Dieß ergibt sich schon direkt aus Art. 36 Abs. 2 BV. Ueber die Behandlung eines allfälligen Defizites entscheidet nach Art. 20 Abs. 2 PTT-OG die Bundesversammlung.

Die Autonomie der SBB ist im Gegensatz etwas dazu etwas grösser. Sie haben zwar keine Rechtspersönlichkeit, verfügen also über kein eigenes Vermögen, sind aber prozessfähig.

Im Gegensatz zu den PTT sollen deshalb die SBB 20 % des Reingewinnes als Reserve anlegen.³⁷ Die Bundesversammlung entscheidet sodann erst über die Verwendung des verbleibenden Ueberschusses. Dementsprechend ist auch die Regelung der Defizitdeckung. Defizite sind vorerst aus den Reserven zu decken. Sind diese erschöpft, beschliesst die Bundesversammlung über die Art der Deckung.^{38,39}

3. Die Erfüllung der Verwaltungsaufgabe im Monopolbereich durch Uebertragung auf einen Privaten

Diese Lösung hat man für die Organisation des schweizerischen Linienverkehrs gewählt. Man unterstellte ihn der Konzessionierung, den Nichtlinienverkehr der Bewilligung. Man hat ausdrücklich den Staatsbetrieb abgelehnt⁴⁰ und in einer späteren Phase einer gemischtwirtschaftlichen

37 Art. 16 Bundesgesetz über die Eisenbahnen.

38 Art. 16 Abs. 2 Bundesgesetz über die Eisenbahnen.

39 Vgl. zum ganzen Fleiner, Verwaltungsrecht, S. 438.

40 Vgl. LFPO 53, S. 819.

Gesellschaft des Privatrechts⁴¹ die Erfüllung dieser Aufgabe übertragen.

VII. DAS LUFTVERKEHRSMONOPOL DES BUNDES ALS GRENZE PRIVATEN UNTERNEHMERTUMS UND SEINE BEDEUTUNG ALS URSPRUNG DER BINDUNG

Wir haben oben bereits auf die Tragweite von Art. 37^{ter} BV hingewiesen. Danach bringt dieser Artikel zum Ausdruck, dass der Bund für die rechtliche Regelung der Luftfahrt zuständig und darin vor allem völlig frei ist.⁴² Es blieb somit dem Bund vorbehalten, die Luftfahrt zu verstaatlichen oder sie unter Vorbehalt einer polizeilichen Regelung den Privaten zu überlassen,⁴³ sie konnte aber auch zum Gegenstand staatlicher Verteilung gemacht werden. Daran änderten auch die neuen Wirtschaftsartikel, die 1947 in die BV aufgenommen wurden, nichts.⁴⁴ Ebenfalls hat die Erscheinung, dass öffentliche Wirtschaftsverwaltung auch mit den Mitteln und in den Formen des Privatrechtes geführt wird, im Wortlaut der Wirtschaftsartikel keine Erwähnung gefunden. "Weder ist eine weitere Entfaltung ausdrücklich erleichtert, noch erschwert worden."⁴⁵ - "Selbst bei den Monopolen ist die Art der Nutzung - durch Staatsunternehmen oder durch Konzession - in der Regel nicht in der Verfassung entschieden ..." ⁴⁶, was Art. 103 LFG bestätigt.

Welches sind nun aber die Konsequenzen, welche sich für die Organisation des Luftverkehrs ergeben?

41 Wie weit die SWISSAIR dadurch zur Trägerin öffentlicher Pflichten wird, vgl. hinten S. 85 ff.

42 Burckhardt, Kommentar BV, S. 323.

43 Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines BG über die Luftfahrt vom 23.3.1945, BBl. 1945 I 344.

44 Vgl. Schürmann, S. 98a.

45 Ders., S. 99 a.

46 Ders., S. 100 a. Vgl. ausführlich hinten, S. 205 ff.

Betrachtet man noch einmal die verschiedenen Monopole des Bundes, so stellt man fest, dass er sie vornehmlich durch öffentlich-rechtliche (selbständige oder unselbständige) Anstalten nutzt. So verhält es sich beim Pulverregal (Art. 41 BV), beim Münzregal (Art. 38 BV) und für das Post-, Telegrafien- und Telefonmonopol (Art. 36 BV). Bei den Bahnen setzte sich für die Hauptlinien das Staatsprinzip durch, daneben liess aber das sogenannte Stimmrechtsgesetz⁴⁷ auch gemischtwirtschaftliche Bahnen aufkommen. Ebenfalls waren in den Kantonen konzessionierte Privatbahnen zugelassen.

Für den Luftverkehr stellte sich die Frage, wie er sich organisieren sollte, folgendermassen:

Bereits Art. 31 BV soll nach der Ansicht Martis dem Bund die Befugnis geben, im Prinzip alle öffentlichen Verkehrsmittel zu monopolisieren.⁴⁸ Dazu gehört natürlich auch der öffentliche Luftverkehr. Art. 37^{ter} BV wäre in diesem Sinne eine Präzisierung. Als erstes jedenfalls war also der Grundsatzentscheid zu fällen seitens des Bundes, ob er auch im Luftverkehr das Monopol selbst nutzen wolle. Ein privater Unternehmer konnte vor dieser Entscheidung gar keinen Luftverkehr betreiben. In der Folge hat aber der Bund tatsächlich nie anstaltsweise Luftverkehr betrieben. Die schweizerische Luftfahrtgeschichte zeigt, dass er in einer ersten Phase reine Privatunternehmen konzessioniert hatte; das gilt namentlich für die "Ad Astra" und die "Balair", die 1931 zur "ersten" (rein privaten) "SWISSAIR" fusionierten, und für die "Alpar". Die Entstehung solcher Gesellschaften war also erst nach dem entsprechenden luftverkehrspolitischen Grundsatzentscheid möglich. Die selbe Frage stellte sich dem Bund nach dem zweiten Weltkrieg ein weiteres Mal, als es um die Reorganisation des

47 BG vom 28. Juni 1895 betr. das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften und die Beteiligung des Staates bei deren Verwaltung; BS, Bd. 7, S. 217 ff.

48 Marti, HGF, S. 225.

schweizerischen Luftverkehrs ging. Auch bei dieser Schaffung der nationalen Einheitsgesellschaft wurde der Staatsbetrieb noch einmal in Erwägung gezogen,⁴⁹ aber abgelehnt. Das alles heisst aber nichts anderes, als dass der Bund über die Existenz oder Nicht-Existenz einer Luftverkehrsgesellschaft entscheidet; sie kann ohne seine Zustimmung nicht tätig werden, was für einen monopolisierten Bereich die Regel ist. So entsteht die Bindung Staats-Luftverkehrsgesellschaft im Falle der Zulassung automatisch; die Luftverkehrsgesellschaft muss sie aus existenziellen Gründen akzeptieren. Dessen muss sich jeder private Unternehmer bewusst sein, der in einem monopolisierten Bereich tätig werden will. Man kann nun sagen, dass dadurch seine unternehmerische Freiheit geschmälert würde. Das stimmt natürlich für die monopolisierten Bereiche. Von der Realität der zu Recht bestehenden staatlichen Monopole ausgehend, kann man sich aber auch auf einen anderen Standpunkt stellen: Bei seiner Zulassung zu einer Tätigkeit im staatlich monopolisierten Bereich erhält der Private (begrenzte) unternehmerische Freiheit, schon durch die Tatsache, dass er überhaupt in einem staatlich monopolisierten Bereich tätig werden darf. Daneben kann er u.U. in den Genuss von Privilegien kommen, die ihm sonst als "gewöhnlichem Privatunternehmer" verschlossen wären. Aber, seine Zulassung im staatlich monopolisierten Bereich ist nicht nur mit der Gewährung von Rechten verbunden, sie bedeutet auch die Uebernahme gewisser Pflichten, nämlich dieselben, die der Staat erfüllen müsste, wenn er selbst tätig würde. Zudem untersteht der Zugelassene einer weitgehenden Aufsicht durch das Gemeinwesen, ob er auch seinen übernommenen Pflichten tatsächlich nachkommt.⁵⁰ Die gewonnene Freiheit wird dadurch wieder relativiert.

49 Vgl. LFPO 53, S. 819 und spätere Ausführungen.

50 Fleiner, Verwaltungsrecht, S. 439.

Genau so verhält es sich bezüglich des Zugangs von Luftverkehrsgesellschaften zum "Luftverkehrsmarkt" in fast allen Staaten. Dieser Zugang wird durch gezielte Konzessionierung mittelbar kontrolliert und die Betriebserlaubnis in der Regel nur wenigen Unternehmungen erteilt.⁵¹ Diese geplante Beschränkung der Zahl von LVG ist in den meisten Ländern eine direkte Folge der beschränkten finanziellen Unterstützungsbereitschaft der öffentlichen Hand, die in den meisten Ländern derartige Verpflichtungen eingegangen ist. Sie wollen verhindern, dass sich innerhalb ihres Marktes LVG konkurrenzieren, was oft zu einer massiven Subventionierung der schwächeren Gesellschaften führen muss.

Die Entwicklung in Europa hat dazu geführt, dass in den meisten Ländern eine einzige nationale Liniengesellschaft (Luft-hansa, Air France, British Airways, SWISSAIR etc.) und daneben mehr oder weniger zahlreiche kleinere Gesellschaften operieren, die fast ausschliesslich Charterverkehr oder nationalen Linienverkehr betreiben. Als sogenannte "chosen instruments"⁵² werden diese nationalen Linienunternehmen gegenüber den anderen Gesellschaften juristisch und finanziell privilegiert, aber auf der anderen Seite oft auch mit z.T. weitreichenden staatlichen Auflagen versehen.⁵³

51 Vgl. Burchard, S. 8 ff.

52 Vgl. hinten, S. 84 ff.

53 Z.B. Rücksichtnahme auf staatliche Flugzeugindustrie bei Flottenbeschaffung.

B. KONZESSION UND BEHOERDLICHE AUFSICHT ALS OEFFENTLICH-
RECHTLICHE INSTRUMENTE DER GEWAHRLEISTUNG EINER BEGRENZT
GEMEINWIRTSCHAFTLICHEN VERKEHRSDIENUNG IM LINIEN-
LUFTVERKEHR

I. DAS PRINZIP DER GEMEINWIRTSCHAFTLICHEN VERKEHRSDIENUNG

Mit diesem Prinzip hat sich namentlich Stamm¹ eingehend auseinandergesetzt, wobei er dieses Problem am Beispiel der schweizerischen Bundesbahnen erarbeitete. Wir wollen im folgenden weitgehend von seinen Ausführungen ausgehen und prüfen, wie weit seine Ueberlegungen auch auf den (Linien)-Luftverkehr übertragbar sind.

1. Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung

Das Prinzip der Gemeinwirtschaftlichkeit im Verkehr versteht sich als Zielfunktion mit beschränkter Gewinnerzielung und bewusster Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Interessen.²

Die Zielfunktion konkretisiert sich im Erlass von entsprechenden Gesetzen oder in der Aufnahme der entsprechenden Pflichten, die zur Realisierung der Zielfunktion notwendig sind, in Subventions- oder Konzessionsbestimmungen. Aus der Gemeinwirtschaft als einer spezifischen Wirtschaftsform wurde die gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung abgeleitet als "Grundsatz, nach dem auf die kaufmännische (evtl. monopolistische) Gewinnmaximierung verzichtet wird zugunsten einer Verkehrsbedienung, die die allgemeinen Ziele der Wirtschaftspolitik (Verkehrspolitik) unterstützt."³ Den Gegenbegriff

1 Stamm, a.a.O. Zur Gemeinwirtschaft allg. vgl. Loesch, a.a.O.

2 Stamm, S. 41.

3 Aus Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, Spalte 1705, zit. bei Stamm, S. 5.

bildet die privatwirtschaftliche Verkehrsbedienung, die im Gegensatz dazu mit der Erbringung der Verkehrsleistung eine Gewinnmaximierung anstrebt. Dieses Motiv verweist diese Tätigkeit ausserhalb der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung, für welche im wesentlichen nur das Kostendeckungs- und das Zuschussprinzip in Frage kommt.⁴

2. Die Konsequenz für den Luftverkehr

Die Preisfestsetzung im Linienluftverkehr, die im wesentlichen über die IATA-Verkehrskonferenzen erfolgt,⁵ folgt keinesfalls dem Kostendeckungs- bzw. gar dem Zuschussprinzip. Sie geht bei der Festsetzung der Tarife und Raten vielmehr davon aus, den Gesellschaften einen angemessenen Gewinn zu ermöglichen. Deshalb kann der Linienluftverkehr nur begrenzt in den Bereich der vollwertigen gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung eingeordnet werden. Daneben kann er schon seiner Eigenart wegen die spezielle raumordnungs- und sozialpolitische Funktion, wie sie etwa die Bahnen erfüllen, nicht wahrnehmen. Es wäre somit unsinnig, ihn stark mit einer derartigen gemeinwirtschaftlichen Leistung zu belasten. Dass der Linienluftverkehr nicht dazu berufen ist, eine vollwertige gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung unter Gewinnverzicht zu erbringen, heisst aber nicht, dass er auch trotzdem gemeinwirtschaftlichen Interessen dienen kann bzw. muss.

3. Private Unternehmen als Wahrer gemeinwirtschaftlicher Interessen?

Fast ausschliesslich fungieren öffentlich-rechtliche Körper-

4 Napp-Zinn, A.F., Verkehrswissenschaft, Heidelberg 1968, S. 129 ff. = Stamm, S. 6 Anm. 1; vgl. hinten Kap. "Die Funktion des Gewinnes im gemeinwirtschaftlichen Unternehmen", S. 68 ff.

5 Vgl. vorne S. 32 f.

schaften als Träger gemeinwirtschaftlicher GesamtzielFunktionen. So sieht Oettle die Aufgaben der öffentlichen Betriebe in folgender Rolle: "Sie nehmen ... Aufgaben wahr, die die private Wirtschaft nicht für lohnend erachtet, die sie nicht in der gesellschaftlich erwünschten Art und Weise erfüllen würde oder die einem privaten Unternehmen eine Monopolstellung verschaffen würde."⁶

Für den Verkehr, wie für Teile der übrigen Wirtschaft, gilt, dass die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen keineswegs ausschliesslich öffentlichen Körperschaften vorbehalten wäre. Auch Private können freiwillig oder durch Verpflichtung solche Aufgaben übernehmen. Einschränkend gilt aber folgendes: "Zugegebenermassen werden allerdings die wesentlichen gemeinwirtschaftlichen Leistungen durch öffentliche Unternehmungen erbracht, einerseits, weil sie durch Gesetz in einem bestimmten Rahmen dazu verpflichtet sind (gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen)⁶ und es dementsprechend ihrem Zweck entspricht, andererseits, weil nur sie solche Leistungen umfassend, langfristig und regelmässig erbringen können und wollen. Gemeinwirtschaftlichen Leistungen von Privaten fehlen einzelne dieser Merkmale und dementsprechend ist ihre Bedeutung geringer."⁷

4. Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistung und Verpflichtung

Die gemeinwirtschaftliche Leistung ist dadurch charakterisiert, dass sie nicht im Dienste der Gewinnmaximierung steht, sondern zur Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher und sozialpolitischer Ziele erfolgt. Die gemeinwirtschaftliche Leistung beschreibt die tatsächliche konkrete Tätigkeit eines Subjekts.

6 Die Abgrenzung gemeinwirtschaftliche Leistung - Verpflichtungen vgl. unten S. 64 ff.

7 Stamm, S. 7.

Dagegen die gemeinschaftliche Verpflichtung. Sie bezweckt eine Modifizierung der Verhaltensmuster eines Subjektes in gemeinwirtschaftlicher Richtung. Sie erscheint als auferlegte Rahmenbedingung für die gesamte Tätigkeit des Subjektes. Analog zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen können auch Private Träger von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sein.

Im Gegensatz zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen tritt bei den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen als wesentliches Merkmal der Zwang (als spezielle rechtliche Bindung) zur Uebernahme bestimmter Belastungen hinzu: "Als gemeinwirtschaftliche oder gemeinnützige Verpflichtung eines Unternehmens sind Tatbestände anzusehen, die, obwohl sie im Widerspruch zu den eigenwirtschaftlichen Interessen des Unternehmens stehen, von diesem im Allgemeininteresse hingenommen werden müssen. Derartige Belastungen können einmal dadurch entstehen, dass dem Unternehmen die Durchführung bestimmter Massnahmen auferlegt wird, zum anderen dadurch, dass ihm verwehrt wird, einen bestimmten, wirtschaftlich nachteiligen Zustand abzuändern. Von einer Belastung kann aber dabei nur gesprochen werden, sofern ein von der Auflage abweichendes Verhalten bei der bestehenden Marktlage wirtschaftliche Vorteile mit sich bringen oder wirtschaftliche Nachteile abwenden würde. Weiter muss es sich um eine Belastung handeln, die nur ein bestimmtes Unternehmen oder nur einen einzelnen Wirtschaftszweig trifft."⁸ Im Anschluss an dieses Zitat stellt Stamm richtig fest: "Diese Umschreibung macht klar, weshalb gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen oft mit dem öffentlichen Verkehr in Verbindung gebracht werden. Private Unternehmen könnten und würden sich wohl kaum solchen Aufla-

8 Friederich Brand, Zitat bei Stamm, S. 9 Anm. 1.

gen freiwillig in nennenswertem Umfang unterziehen." Gerade aber in diesem Ausmass und in der interdependenten Wirkung dieser Auflagen sieht Seggel⁹ überhaupt erst das Wesen dieser Belastung: "Es erscheint notwendig und wichtig, darauf hinzuweisen, dass diese gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen stets in einer Gesamtheit als ein System gemeinwirtschaftlicher Bindungen gesehen werden müssen." Dieses System wollen wir anschliessend für die SWISSAIR begründen. Wir behandeln in der Folge die SWISSAIR als "Private" im obigen Sinn, auch wenn sie gemichtwirtschaftlich ist. Ausschlaggebend ist, dass sie ihrer Rechtsform nach eine Aktiengesellschaft des Privatrechts darstellt.

II. DIE SWISSAIR UND DIE GEMEINWIRTSCHAFT

1. Die SWISSAIR - Eine gemeinwirtschaftliche Unternehmung?

a) Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Unternehmung

Eingehend hat sich A. von Loesch mit dem Begriff der gemeinwirtschaftlichen Unternehmen auseinandergesetzt.¹⁰ Er hat die Entwicklung dieses Begriffes bis heute aufgezeichnet. Er kommt zum Schluss, dass es heute unter den Vertretern der Gemeinwirtschaft (in Deutschland, wo auch ihre Bedeutung viel grösser ist als in der Schweiz) eine allgemein anerkannte Definition der Gemeinwirtschaft gibt. Sie lautet nach G. Weisser¹¹: "Gemeinwirtschaftliche Unternehmen sind Einzelwirtschaften, deren Ergebnis und gegebenenfalls auch einzelne Leistungen nach dem gemeinten Sinn des Gebildes unmittelbar

9 Zit. bei Stamm, S. 9 Anm. 2.

10 A. von Loesch, S. 21 ff., S. 99 ff.

11 Zit. bei v. Loesch, S. 101 f.

dem Wohl einer übergeordneten Gesamtheit oder der Verwirklichung einer von ihr für objektiv verbindlich gehaltenen Idee gewidmet sind und die eine der Absicht nach dieser Widmung entsprechende institutionelle Form haben." Der Nachteil dieser anerkannten Definition ist der, dass sie sich kaum als Verfahrensregel zur Einstufung eines konkreten Falles eignet. Brauchbarer erscheinen hierzu die Regeln, "welche nicht an sich die Gemeinwirtschaftlichkeit darstellen, sondern eben einzelne Regeln neben andern möglich sind. Sie beziehen sich auf bestimmte Situationen, konkrete Unternehmungen oder spezielle gesellschaftswirtschaftliche Leitvorstellungen: Gewinnverzugsregel, Kostenpreisregeln, Leistungsmaximierung, Pflichtenkataloge der öffentlichen Bindungen (Grundpflichten), erweiterte Erfolgsrechnung, Regeln des Verhaltens "als ob" (als ob Konkurrenz bestehe) u.a.m."¹² Thiemeyer liefert noch eine andere Definition, die eine praktikable Abklärung von Einstufungen zulässt. "Wir wollen solche Unternehmen, die - in einem noch zu klärenden Sinne - im 'öffentlichen Interesse' wirken, im folgenden 'gemeinwirtschaftliche Unternehmen' nennen." - "Es sind Unternehmen, die um gemeinwirtschaftlicher (produktions- oder verteilungspolitischer) Effekte wegen vom privatwirtschaftlichen Verhalten abweichen."¹³

Diese Definition läuft aber bereits wieder Gefahr, zur Leerformel zu werden, die in der Praxis nicht brauchbar ist, die zu einer uferlosen Ausweitung des Begriffes der Gemeinwirtschaft führt. Wir wollen versuchen, mit der Methode der Analyse einzelner Regeln des Verhaltens gemeinwirtschaftlicher Unternehmen die SWISSAIR einzustufen. Wir beziehen uns dabei auf die Funktion des Gewinnes im gemeinwirtschaftlichen Unternehmen und übertragen die Erkenntnisse auf die SWISSAIR.

12 Theo Thiemeyer, in: Stamm, S. 5.

13 Theo Thiemeyer, in: v. Loesch, S. 102.

b) Die Funktion des Gewinnes in der gemeinwirtschaftlichen Unternehmung - und bei der SWISSAIR

Man könnte bei der Lektüre von Art. 1 der SWISSAIR-Statuten¹⁴ bereits versucht sein, die SWISSAIR ohne grosse Bedenken als gemeinwirtschaftliche Unternehmung zu klassieren, wenn man von dem weit gefassten wie nichtssagenden Begriff der gemeinwirtschaftlichen Unternehmen ausgeht als Unternehmung, "die mit einer am Allgemeinwohl orientierten, von Unternehmen zu Unternehmen oft sehr verschiedenen Zielsetzung tätig sind." So einfach liegt der Fall aber tatsächlich nicht.

Fest steht jedenfalls für die SWISSAIR, dass Gemischtwirtschaftlichkeit noch nicht Gemeinwirtschaftlichkeit bedeutet. Entscheidend für die Einstufung ist die Zielkonzeption, nach der sich die Unternehmung richtet. Die Eigentumsverhältnisse sagen dazu noch nichts Definitives aus. Es kommt darauf an, welche Zielkonzeption dominiert. Meistens ist es allerdings tatsächlich so, dass dessen Zielkonzeption dominiert, der auch als Eigentümer dominiert. Wir werden an einem konkreten Beispiel (Lufthansa)¹⁵ zeigen, dass diese Feststellung nicht zwingend ist. Kommen wir zurück auf die Funktion des Gewinnes im gemeinwirtschaftlichen Unternehmen.

Wir haben anfänglich das Prinzip der Gemeinwirtschaftlichkeit im Verkehr verstanden als Zielfunktion mit beschränkter Gewinnerzielung und bewusster Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Interessen. Ebenfalls wurde ein Abweichen vom privatwirtschaftlichen Verhalten gefordert, zu dem die Erzielung von Gewinn gehört. Was heisst nun "beschränkte Gewinnerzielung" im gemeinwirtschaftlichen Sinn, und orientiert sich die SWISSAIR tatsächlich an dieser Zielfunktion?

14 Art. 1 Ziff. 2 SR-Statuten beginnt: "Die Gesellschaft bezweckt unter Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes..

15 Vgl. hinten S. 71 f.

Es wäre falsch, für das gemeinwirtschaftliche Unternehmen zu verlangen, es habe sich an das absolute Gewinnverzichts- bzw. Kostendeckungs- oder gar wachstumsverzichts-Postulat zu halten.¹⁶ In der Praxis ging man deshalb von der Forderung nach Kostendeckung zur Forderung nach Kostenminimierung über. Der Uebergang vom Prinzip der Kostendeckung zum Prinzip der Kostenminimierung bedeutet dabei im gewissen Sinne den Uebergang zum Gewinnmaximierungsprinzip, da die Kostenminimierung nur die Umkehrung der Gewinnmaximierung ist. Die Leitung gemeinwirtschaftlicher Unternehmungen, die unter Kostenminimierungsprinzip gestellt sind, wird bemüht sein, das finanzielle Ergebnis so günstig wie möglich zu gestalten, nur dass das Gewinnmaximierungsprinzip hier die Form der Minimierung der eintretenden Verluste (und damit oft von der Trägerkörperschaft zu zahlenden Subventionen) annimmt.¹⁷ Der Unterschied zwischen den privatwirtschaftlichen und den gemeinwirtschaftlichen Unternehmen scheint also nicht im Unterschied zwischen Gewinnerzielung und Gewinnverzicht zu liegen, sondern in einer jeweils anderen Gewinnverwendung.¹⁸ Während die privaten, nichtgemeinwirtschaftlich handelnden Unternehmen ihre Gewinne für die Oberziele privater Einzelpersonen verwenden, verwenden sie die gemeinwirtschaftlichen für Oberziele der Allgemeinheit. Der Verfasser ist mit von Loesch nicht der Meinung, dass sich Gemeinwohlförderung und Gewinnstreben ausschliessen. Auch die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen können zur Verwirklichung ihrer Oberziele unter dem Postulat der Gewinnmaximierung stehen. Der Unterschied der gemeinwirtschaftlichen Unternehmungen zu den privatwirtschaftlichen besteht hier darin, dass das Postulat der Gewinnmaximierung bei ihnen nicht der Ausdruck des Einkommensmotivs der Kapitaleigner, des

16 A.v. Loesch, S. 157 ff.

17 Derselbe, S. 161 f.

18 Thiemeyer, Gemeinwirtschaftlichkeit als Ordnungsprinzip, Grundlegung einer Theorie gemeinnütziger Unternehmen, Berlin 1970, S. 90.

Managements oder der Belegschaft ist, sondern der Ausdruck des Wunsches, für die Erfüllung ihrer metaökonomischen (gemeinwirtschaftlichen) Oberziele möglichst viel Geld zur Verfügung zu haben. Auch den gemeinwirtschaftlichen Unternehmen steht für die Verfolgung ihrer gemeinwirtschaftlichen Ziele, die schliesslich auch Geld kosten, nur der Gewinn zur Verfügung, der erzielt wurde oder auf den zugunsten gemeinwirtschaftlicher Zielsetzungen ex post verzichtet werden kann. In jeder Marktwirtschaft begrenzt der Gewinn den Aktionsspielraum der gemeinwirtschaftlichen Unternehmung für ihre kosten- oder ausgabenverursachenden gemeinwirtschaftlichen Aktionen. Deshalb fällt in den gemeinwirtschaftlichen Unternehmen das Streben nach Gewinnen mit dem Streben nach gemeinwirtschaftlichen Leistungen weitgehend zusammen.¹⁹ Der operative Einsatz der Gewinne gemeinwirtschaftlicher Unternehmen für gemeinwirtschaftliche Ziele bzw. die "Umwandlung von Reichtum in Gemeinwohl" geschieht auf zwei grundsätzlich voneinander verschiedenen Wegen: Das gemeinwirtschaftliche Unternehmen kann seinen Gewinn ex post gemeinwirtschaftlich verwenden, indem es ihn im nachhinein für Gemeinwohlziele ausgibt, oder auf ihn ex ante verzichten, indem es auf ihn zum vornherein zugunsten besonderer Preisfestsetzungen, Qualitäten, Zusatzleistungen oder auch zugunsten bestimmter Arbeits- oder Dienstleistungen verzichtet.²⁰

Wenn wir jetzt das oben Ausgeführte auf die SWISSAIR anwenden, kommen wir zu folgenden Schlüssen:

Wenn wir zunächst auf das Kriterium der Eigentumsverhältnisse als Indikator der Dominanz einer gemein- oder privatwirtschaftlichen Zielkonzeption eingehen wollen, müssen wir für die

19 A.v. Loesch, S. 165.

20 Derselbe, Möglichkeiten und Grenzen gemeinwirtschaftlicher Unternehmenskonzeptionen, in: Gemeinwirtschaft im Wandel der Gesellschaft. Festschrift für Hans Ritschl. Berlin 1972, S. 93 ff.

SWISSAIR auf eine Dominanz der privatwirtschaftlichen Zielkonzeption schliessen, die im übrigen sogar vom öffentlichen Eigentümer bestätigt ist: "... ist für seine Besorgung [gemeint ist die Besorgung des Luftverkehrs] grundsätzlich die vorwiegend privatwirtschaftlich orientierte Unternehmung dem reinen Staatsbetrieb vorzuziehen."²¹

Diese Äusserung zusammen mit der in Art. 17 der SR-Statuten niedergelegten Art der Gewinnverteilung und Verwendung²² erfüllt keines der Postulate der Gewinnfunktion des gemeinwirtschaftlichen Unternehmens. Von einem "Abweichen" vom privatwirtschaftlichen Verhalten zugunsten gemeinwirtschaftlicher Effekte im Sinne der Definition Thiemeyers²³ kann keine Rede sein. Die Gewinnverwendung geschieht nach rein privatwirtschaftlichen Grundsätzen in der Auszahlung einer Dividende²⁴ (wenn auch der Teil der öffentlichen Eigentümer in die Kassen der öffentlichen Gemeinwesen fliesst).

Werfen wir einen Blick auf eine andere Linienluftverkehrsgesellschaft, die Lufthansa. Auch sie stellt eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung dar. Allerdings liegen die Eigentumsverhältnisse bei ihr anders. Während bei der SWISSAIR die öffentlichen Gemeinwesen etwas weniger als 25 % Anteile besitzen, besitzen sie an der Lufthansa über 82 %. Das liesse vermuten, dass eine gemeinwirtschaftliche Zielkonzeption dominiert, weil der öffentliche Eigentümer als solcher dominiert. Dies trifft aber nicht zu. Analog zu Art. 17 der SR-Statuten statuiert die Satzung der Deutschen Lufthansa Aktiengesellschaft²⁵ in § 23 die Ausschüttung einer Dividende, ohne besondere Vorschrift über eine allfällige gemeinwirt-

21 Vgl. LFPO 55, S. 819.

22 Vgl. auch hinten S. 90.

23 Vgl. vorn S. 67.

24 Art. 17 Ziff. 2 SR-Statuten.

25 Stand der Aufsichtsratsitzung vom 10. Juli 1979

schaftliche Gewinnverwendung. Dass auch die Lufthansa nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen gewinnorientiert arbeitet, wird aus verschiedenen anderen Quellen, wenn auch nicht Rechtsquellen, deutlich. So formulierte Dr. H. Culmann, der Vorstandsvorsitzende der Lufthansa, auf der Hauptversammlung der Aktionäre 1972 das Unternehmensziel u.a. wie folgt: "... Konkret gesprochen hat sie regelmässig, pünktlich und sicher Passagiere, Fracht und Post zu befördern und zu betreuen. Sie strebt danach, dieses Ziel auf wirtschaftlichem Wege zu erreichen, ohne den deutschen Steuerzahler in Anspruch zu nehmen. Sie muss also ein Volumen erwirtschaften, das nicht nur den eigenen Aufwand deckt, sondern auch den Kapitalgeber - und zwar sowohl der öffentlichen Hand wie dem privaten Anleger - einen angemessenen Ertrag sichert." Im Bericht des Vorstandes vom 10. Juli 1979 äusserte er sich ähnlich: "Die Lufthansa hat im öffentlichen Interesse die Aufgabe, ein Verkehrsbedürfnis optimal zu befriedigen. Je wirtschaftlicher sie dies tut, um so mehr decken sich betriebswirtschaftliche [Gewinn] und volkswirtschaftliche Interessen [Subventionsunabhängigkeit]."²⁶ In einem Referat äusserte er: "Das Aktienrecht gilt uneingeschränkt und ohne Sondervorbehalte."²⁷ - "... dass Gewinn notwendig, stellt wohl niemand ernstlich in Frage."²⁸ Entscheidend bleibt aber das Kriterium der Gewinnverwendung. Der Gewinn der Lufthansa ist ebenfalls nicht an gemeinwirtschaftliche Zweckverwendungen gebunden, sondern er besteht in der Verzinsung des angelegten Kapitals in Form der Dividende, die natürlich z.T. durch den öffentlichen Aktionär in Kassen des öffentlichen Gemeinwesens fällt. Aber auch diese Beträge sind nicht in der Satzung der Gesellschaft an eine gemeinwirtschaftliche Zweckverwendung gebunden, wenn sie es auch nachher tatsächlich sein werden.

26 Abgedruckt in: Reuss, Jahrbuch der Luft- und Raumfahrt 1980, Mannheim 1980, S. 115.

27 Referat "Politik und Luftfahrt, Der Einfluss der Politik auf ein Luftverkehrsunternehmen. Gehalten von Dr. H. Culmann, München, 30.11.1976, Lufthansa Pressedienst, S. 1.

28 Ebenda, S. 11.

c) Die Schlussfolgerung

SWISSAIR und Lufthansa sind gemischtwirtschaftliche Unternehmen. In der ersten überwiegt privates, in den letzteren öffentliches Kapital. Das Kriterium der Gemischtwirtschaftlichkeit allein macht sie noch nicht zu gemeinwirtschaftlichen Unternehmen. Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind Mischungen zwischen den privaten und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen. Je nachdem nun, welcher der beiden Eigentümer dominiert, d.h. seine Zielkonzeption durchsetzen kann, ist die gemischtwirtschaftliche Unternehmung bei Dominanz der öffentlichen Zielkonzeption den gemeinwirtschaftlichen, bei Dominanz der privatwirtschaftlichen Zielkonzeption den privaten Unternehmungen zuzurechnen.

Oben wurde gezeigt, dass in beiden LVG eine privatwirtschaftliche Zielkonzeption dominiert, genauer, dass die Funktion des Gewinnes einer privatwirtschaftlichen Zielkonzeption folgt. Aufgrund dieser Erkenntnis und der oben zugrundegelegten Definition gelten SWISSAIR und Lufthansa nicht als gemeinwirtschaftliche Unternehmen. Die Gewinnerzielung schliesst sie noch nicht aus, wohl aber die Gewinnverwendung.²⁹

III. DIE SWISSAIR ALS OEFFENTLICH BZW. GEMEINWIRTSCHAFTLICH GEBUNDENE UNTERNEHMUNG³⁰

1. Der Begriff der öffentlich bzw. gemeinwirtschaftlich gebundenen Unternehmung³¹

Vorauszuschicken ist, dass in Deutschland von der Mehrheit der Autoren das gemeinwirtschaftlich gebundene Unternehmen

29 Wie der Preis entsteht, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

30 Die Begriffe werden synonym verwendet.

31 Vgl. umfassend G.von Eyern, Gemeinwirtschaftliche Bindung von Unternehmen, SG Nr. 17,

nicht mehr zu den gemeinwirtschaftlichen Unternehmen gerechnet wird. Es wird lediglich als eine besondere Definition, eine begriffliche Umschreibung einer besonderen Interventionsform des Staates aufgefasst,³² was sich im Ergebnis mit der Erkenntnis des vorangegangenen Abschnitts decken würde.

Der Typus des öffentlich gebundenen Unternehmens wird hauptsächlich von dem Berliner Professor für Politische Wirtschaftslehre Gert von Eynern vertreten. Nach seiner Definition³³ liegt eine öffentliche Bindung vor, "wenn in einem grundsätzlich marktwirtschaftlichen System die Unternehmen eines Wirtschaftszweiges hoheitlichen Sondervorschriften unterworfen sind, welche die Freiheit ihrer wirtschaftlichen Betätigung in einer gewissen Intensität und für eine gewisse Dauer einschränken, und wenn die Einhaltung dieser Vorschriften und ihre Konkretisierung der Kontrolle durch bestimmte Stellen unterliegt." - Ihr Ziel ist es, "in einem begrenzten Bereich mit hoheitlicher Gewalt dann ordnend einzugreifen, wenn der Marktmechanismus versagt bzw. Fehlentwicklungen den betroffenen Wirtschaftsbereich oder die Allgemeinheit belasten"³⁴, wobei "die Existenz einer solchen Kontrollstelle"³⁵ eines der wesentlichen Merkmale der 'gemeinwirtschaftlichen Bindung' "³⁶ darstellt.

2. Der Untersuchungsgegenstand

Um die Tragweite der nachfolgend präzisierenden theoretischen Ausführungen besser einsehen zu können, sei der Untersuchungsgegenstand der Anwendung dieser Ausführungen in der Praxis an dieser Stelle vorangestellt.

32 Kleinsteuber, Artikel "Öffentliche Bindung", in: Wörterbuch zur politischen Ökonomie, hg. von Gert von Eynern, Opladen 1973, S. 250.

33 von Eynern, S. 1.

34 Kleinsteuber, zit. Anm. 32, S. 252.

35 Nicht im aktienrechtlichen, sondern im gemeinwirtschaftlichen Sinn zu verstehen.

36 von Eynern, S. 8.

Wir wollen untersuchen, ob die Konzeption des schweizerischen Linienverkehrs auf einer gemeinwirtschaftlichen bzw. öffentlichen Bindung des ihn betreibenden konkreten Unternehmens beruht. Wir gehen insbesondere von folgenden Problemstellungen aus:

- Sind mit den hoheitlichen Sondervorschriften das Luftfahrtgesetz und die Luftfahrtverordnung angesprochen, indirekt auch der Inhalt der SWISSAIR-Linienbetriebskonzession?
- Wird dadurch die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung der SWISSAIR eingeschränkt, d.h., sind ihr mit der Konzession gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt, und erbringt sie als gemeinwirtschaftlich bzw. öffentlich gebundenes Unternehmen gemeinwirtschaftliche Leistungen?
- Stellt das Bundesamt für Zivilluftfahrt eine "Kontrollstelle" im Sinne der Definition von Eynerns dar?

3. Die einzelnen Elemente der öffentlichen bzw. gemeinwirtschaftlichen Bindung

a) Die Schwierigkeit der Darstellung

Die zur Diskussion stehenden hoheitlichen Sondervorschriften, die darauf basierende Konzession und die darüber wachende Kontrollstelle "Bundesamt für Zivilluftfahrt" bilden einen Komplex³⁷, der an sich schwer trennbar ist. Aber vor allem die hoheitlichen Sondervorschriften und die Konzession, namentlich ihr Inhalt, hängen sehr direkt zusammen, ja wir finden zum Teil eine wörtliche Übereinstimmung zwischen Gesetzestext und Konzessionstext. Dies hat zwei methodische Konsequenzen:

37 Vgl. von Eynern, S. 33, und hinten S. 108 ff.

- Die hoheitlichen Sondervorschriften (LFG, LFV) werden gemeinsam analysiert.
- Begriffe können auftauchen, die noch nicht erläutert sind. Hier erfolgen entsprechende Hinweise.

b) Die spezifisch hoheitlichen Sondervorschriften und die Kontrollstelle als Voraussetzungen der öffentlichen bzw. gemeinwirtschaftlichen Bindung der Unternehmung und die Konzession als Rechtsfolge

aa) Die Beschaffenheit der Sondervorschriften

G. von Eynern verlangt von den Sondervorschriften, damit sie als begründend für eine gemeinwirtschaftliche Bindung betrachtet werden können, folgendes: "Die Bindung muss die Unternehmungen eines jeweils bestimmten Wirtschaftszweiges betreffen. Keine spezifischen 'gemeinwirtschaftlichen Bindungen' in unserem Sinne bringen also die allgemeinen Vorschriften des BGB, HGB, Aktiengesetzes, der Gewerbeordnung usw. Anders ist es hingegen, wenn Sondervorschriften z.B. für Banken bestehen und für Versicherungsgesellschaften; für Eisenbahnen, für den kommunalen Personenverkehr, für den Luftverkehr [!]³⁸, den Güterfernverkehr, die Binnenschiffahrt; für Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke ..." usw.³⁹

bb) Die Hoheitlichkeit

Gefordert wird weiter, dass es sich um hoheitliche Vorschriften handeln muss, wie sie normalerweise in einem Sondergesetz oder aufgrund eines solchen Gesetzes in Rechtsverordnungen, Durchführungsbestimmungen etc. enthalten sind im Gegensatz etwa zu Abhängigkeiten durch Auftragserteilung, Kredite, Bürgschaften, Subventionen.

38 Hervorhebung vom Verfasser.

39 von Eynern, S. 7 ff.

Diese Voraussetzung erfüllten das Luftfahrtgesetz (LFG) und ebenso die Luftfahrtverordnung (LFV) zweifellos. Das Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 wurde durch die Bundesversammlung gestützt auf Art. 37^{ter} und 36 BV nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates⁴⁰ beschlossen; die VO über die Luftfahrt wurde gestützt auf dieses Gesetz vom Bundesrat als Ersatz der VV zum LFG 1951 verordnet.

cc) Die Betroffenheit der wirtschaftlichen Tätigkeit

G. von Eynern verlangt, dass die nicht-technische Tätigkeit des Unternehmens, seine Unternehmensdisposition gebunden wird.⁴¹ In den oben bb) zitierten Erlassen finden wir in der Tat eine Vielzahl technischer Anweisungen, speziell auch in einer ganzen Reihe weiterer Spezialerlasse.⁴² Die Betroffenheit der wirtschaftlichen Tätigkeit ergibt sich nun vor allem aus den Vorschriften über die Konzessionierung und über die Kontrollstelle im gemeinwirtschaftlichen Sinn. Auch in diesen Normen, vor allem bezüglich der Kontrollstelle, überwiegen technische Vorschriften. Dies deckt sich aber mit bereits getroffenen Feststellungen, nämlich dass Privatunternehmen geeignet und willig sind, sich weitgehenden derartigen Bindungen, im Gegensatz zu öffentlichen Unternehmen, auszusetzen, ferner dass die spezielle Natur und raumordnungs- und sozialpolitische Bedeutung des Luftverkehrs nur in sehr beschränktem Umfang solche Bindungen, sinnvolle Bindungen,

40 BBl. 1945 I 341.

41 "Vorschriften über den Verkauf von Arzneimitteln, über Bauflichtlinien und Stockwerkshöhen, über den Betrieb von Krankenanstalten, über Mittel zur Verhütung von Betriebsunfällen und ähnliche Massnahmen mögen die betroffenen Unternehmen erheblich beengen; sie mögen auch erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben. Aber ihr primäres Ziel ist technischer, gesundheitspolitischer, nicht wirtschaftlicher Art. Der Begriff der 'gemeinwirtschaftlichen Bindung' möge also denjenigen Fällen vorbehalten sein, von denen der kaufmännische Direktor einer Gesellschaft betroffen wird, nicht unmittelbar der technische Direktor oder der Arbeitsdirektor", a.a.O., S. 6.

42 Vgl. Inhaltsverzeichnis des Sammelbandes der Bundeskanzlei "Luftrecht in der Schweiz" im Anhang.

zulässt; aber, sie sind in diesem beschränkten, aber "gewissen"⁴³ Umfang vorhanden. Namentlich angesprochen sind die Vorschriften über die Konzessionierung des Linienluftverkehrs (Art. 27 ff. LFG; Art. 100 ff. LFV) und die diesbezüglichen Aufsichtsrechte der Kontrollstelle (Art. 3 Ziff. 2 LFG), darauf basierend der Inhalt der SWISSAIR-Konzession,⁴⁴ der sich zum Teil wörtlich mit den Texten der beiden oben zitierten Erlasse deckt.

dd) Die Intensität der Bindung

Diese Bindungsintensität stellt ein schwer messbares Kriterium dar, da es objektiv schwer fassbar ist. Der Verfasser ist aber der Meinung, dass die notwendige Intensität der Bindung im Luftverkehr gegeben ist. Das Konzessionssystem als Grundsatz, das über Sein oder Nichtsein des Unternehmens entscheidet, ferner die noch zu erläuternden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen des Konzessionärs aus der Konzession erfüllen diese Bedingung im Rahmen der Eigenart des Luftverkehrs.

ee) Die Dauer der Bindung

Mit diesem Erfordernisse sollen Erscheinungen aus dem Bereich der gemeinwirtschaftlichen Bindung ausgeklammert werden, wie sie z.B. auftreten, wenn "eine Regierung einmal zahlungs-schwache Banken über nimmt mit dem Willen, sie alsbald wieder in privat Hand zu geben, oder wenn der amerikanische Präsident bei einem Streik die Eisenbahnen oder Kohlegruben für einige Wochen in Staatsregie nimmt"⁴⁵, so "wäre es ebenso unzumutbar, Kontrollen, die ein Staat bei einem vorübergehenden Notstand einführt - bei Bankenkrisen zum Beispiel

43 von Eynern, S. 1, vgl. vorne Anm. 33.

44 Text vgl. Anhang.

45 Diese Beispiele bei von Eynern, S. 7.

oder bei Naturkatastrophen - als 'gemeinwirtschaftliche Bindung' zu bezeichnen".⁴⁵

Es ist selbstverständlich, dass die Bindung auf Gesetzesgrundlage diese erforderliche Dauer namentlich dadurch erfüllt, dass die Konzession auf Dauer erteilt wird, wobei diese im Fall der SWISSAIR bei fünfzehn Jahren liegt.⁴⁶

ff) Die besondere Kontrollstelle als Regel

"Wenn für einen bestimmten Wirtschaftszweig eine intensivere, besondere Bindung eingeführt wird, setzt der Staat in aller Regel eine bestimmte Kontrollstelle ein, die für die Einhaltung der Bindung, ausserdem für ihre konkrete Gestaltung, verantwortlich ist, und der man eine gewisse Selbständigkeit gegenüber den anderen staatlichen Organen einräumt. Die Existenz einer solchen Kontrollstelle ist eines der wesentlichen Merkmale der 'gemeinwirtschaftlichen Bindung' von Unternehmen in unserem Sinne."⁴⁷

Art. 3 LFG bestimmt: "1. Der Bundesrat hat die Aufsicht über die Luftfahrt im gesamten Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Er lässt sie durch das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement ausüben. 2. Für die unmittelbare Aufsicht wird"... "eine besondere Abteilung, das Eidgenössische Luftamt gebildet." Dieses Amt ist also unmittelbare Aufsichtsbehörde über die gesamte Luftfahrt, die Aufsicht über die vom EVED konzessionierten Linienluftverkehrsgesellschaften bildet einen Bereich dieser Aufsicht.

⁴⁶ Art. 2 Ziff. 1 und 2 SR-Konzession: "1. Die Konzession wird für die Dauer von 15 Jahren erteilt. 2. Nach Ablauf von jeweils 3 Jahren wird die Konzession auf Gesuch der Konzessionärin um 3 Jahre verlängert, so dass sie jederzeit noch für einen Zeitraum von wenigstens 12 Jahren gültig ist."

⁴⁷ von Eyern, S. 8.

gg) Die Konzession als Rechtsfolge zur Sicherung von Allgemeininteressen

Im Verkehrsgewerbe ist die Einführung eines Konzessionssystems häufig der Fall. Hier droht oft eine Uebersättigung des Marktes, die eine unzureichende Ausnutzung der einzelnen Kapazitäten bewirken kann. Eine zu geringe Kapazitätsausnutzung aber stellt nicht nur eine volkswirtschaftliche Verschwendung dar, sondern kann auch zu einem Wettbewerb mit ruinösen Preisen führen - oder auch umgekehrt, zu einer quasi monopolistischen Preisgebarung, wenn nämlich die Gesamtkosten der schlecht ausgenutzten Kapazitäten in die Preise einkalkuliert werden. Diese Besorgnisse, die den Staat und die Verkehrskunden der Allgemeinheit belasten, sind für den Staat ein ausreichendes Motiv, die Zahl der Verkehrsunternehmen zu beschränken. Aufgrund seiner Verkehrshoheiten hat er die Möglichkeit dazu, indem er den Markt durch gezielte Konzessionierung reguliert.⁴⁸

Für den Luftverkehr stellt Rinck fest: "Die Bevölkerung hat ein grosses Interesse an regelmässigen Verkehrsverbindungen. Dies ist für die Bundesbahn und den Personenverkehr in Autobuslinien anerkannt und muss für den Luftverkehr ebenso gelten. Angemessene Verkehrsverbindungen sind also ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, zu dessen Schutz objektive Zulassungsbeschränkungen gerechtfertigt sein können."⁴⁹ Ein ruinöser Preiskrieg könnte zur Folge haben, dass bei Serviceleistungen (wie zum Beispiel der Ueberholung des Gerätes) und bei Sicherheitseinrichtungen gespart würde. Gerade dies gilt es zu vermeiden.

48 von Eynern, S. 23.

49 G. Rinck, Die internationalen Elemente im Luftverkehr, ZLW 15 (1966) Heft 1, S. 2.

IV. DIE KONZESSION DER SWISSAIR

1. Die luftverkehrspolitischen Grundlagen⁵⁰

a) Die schweizerischen Luftverkehrsgesellschaften bis 1947

Ursprünglich bestritten drei Unternehmen den Luftverkehr, die "Balair", die "Ad Astra" und die "Alpar". Im März 1931 fusionierten die "Balair" und die "Ad Astra" zur "ersten SWISSAIR", die Alpar bestand daneben weiter. Die SWISSAIR betrieb die internationalen Linien, während die Alpar den Betrieb der internen schweizerischen Linien besorgte. Die Existenz zweier Unternehmen war in jenen Jahren dem Bund erwünscht. Sie gab ihm die Möglichkeit, Aufgaben, welche die SWISSAIR nicht übernehmen wollte oder konnte, der Alpar zu übertragen. Doch lange konnte die Alpar diese Funktion einer Reserve nicht erfüllen. 1932 beschaffte die SWISSAIR bereits moderne Schnellflugzeuge, was die Kräfte der Alpar überstieg und für ihr kleines Netz auch unökonomisch war, weil das nationale Netz wenig einträglich war. Auch nach einer Netzerweiterung stellte sich aber die Alpar einer Fusion mit der SWISSAIR vehement entgegen, weil die Garantie bernischer Interessen nicht gegeben war.

In der Folge fielen aber zwei schicksalshafte Entscheidungen:

- Die Schweiz wird sich auch in Zukunft aktiv, d.h. mit einer eigenen Luftverkehrsgesellschaft am Weltluftverkehr beteiligen.
- Dieser Verkehr soll durch eine nationale Einheitsgesellschaft besorgt werden im Sinne einer "Konzentration der Kräfte".

50 Historisches wird nur ganz am Rande erwähnt. Diesbezüglich sei auf die Werke von Stucki, Berchtold und Fretz verwiesen. An dieser Stelle sollen nur die Grundlagen für die Rechtsfragen erarbeitet werden.

Wiederum fasste man die Fusion SWISSAIR-Alpar in Erwägung, da eine breite finanzielle Basis Bedingung war für die riesigen Beträge, die für den Ausbau der Nationalgesellschaft gebraucht wurden. Andererseits wollte man verhindern, dass mehrere minderwertige, subventionshungrige Kleinunternehmen entstehen, die lähmende Doppelspurigkeiten brächten. An ein "Stimulans der Konkurrenz" mochte auch niemand so recht glauben.

Im Jahre 1945 überschlugen sich aber dann die Ereignisse. Es bestand bereits eine speziell für diesen Zweck gegründete "Kommission zur Schaffung einer nationalen Schweizerischen Luftverkehrsunternehmung"⁵¹, die ebenfalls vehement das Fusionsziel zu erreichen suchte. Der Bericht dieser Kommission vom 21.4.1947 schildert zusammengefasst die Ereignisse wie folgt:

Die Kommission wusste, dass die Alpar in jener Zeit eine Erhöhung ihres Aktienkapitals plante und bereits 1945 entsprechende Vorbereitungen getroffen hatte. In den Kommissionsitzungen vom 7. und 27. Juni hatte man den Vertretern Berns und der Alpar nahegelegt, einen solchen Schritt im gegenwärtigen Moment zu unterlassen, in der Befürchtung nämlich, dass es zu einem entsprechenden Gegenzug der SWISSAIR führen könnte und damit die Schaffung der nationalen Unternehmung sehr erschwert würde. Die Alpar aber handelte und erhöhte im Juli ihr Aktienkapital von 250'000 Franken auf 1,2 Millionen Franken. Tatsächlich zog die SWISSAIR sofort nach und zeigte am 1. August eine Aktienkapitalerhöhung von einer auf 20 Millionen Franken an!

Die Auswirkungen der beiden Massnahmen waren unterschiedlich: Die Kapitalerhöhung der Alpar war nicht öffentlich. Auch das erhöhte Kapital war zu dem, was für die nationale Unternehmung

51 "Kommission Amstutz", benannt nach ihrem Präsidenten Professor Amstutz.

in Aussicht genommen war, immer noch bescheiden und ausserdem musste seine Umsetzung in ein aktionsfähiges, personelles und materielles Potential noch geraume Zeit beanspruchen.

Anders lagen die Verhältnisse bei der SWISSAIR: Das Kapital von 20 Millionen Franken entsprach ungefähr dem für die nationale Unternehmung als notwendig erachteten. Die neuen Aktien sollten öffentlich zur Zeichnung aufgelegt werden und öffentlichen Körperschaften zur Zeichnung angeboten werden. Die personelle und materielle Leistungsfähigkeit der SWISSAIR stand bereits in einem ansehnlichen Verhältnis zum geplanten Ausbau und konnte jedenfalls rasch gesteigert werden. Unter diesen Umständen hielt es die überwiegende Mehrheit der Kommission für das Zweckmässigste, dem Ziel der nationalen Gesellschaft durch einen entsprechenden Ausbau der SWISSAIR näher zu kommen. Das konnte nur dadurch geschehen, dass die SWISSAIR verpflichtet wurde, statt eigene Wege zu gehen, ihre Massnahmen in Zukunft in Zusammenarbeit mit der Kommission Amstutz zu treffen. Dies geschah dann auch. Nachdem schliesslich die Alpar doch noch ihre Fusionsbereitschaft zumindest erklärt hatte, unterbreitete die Kommission dem Bundesrat folgende Empfehlung⁵², die die Grundlage bildete für die nachfolgenden konkreten Massnahmen:

1. Der Betrieb schweizerischer Linien des kontinentalen und interkontinentalen Luftverkehrs soll im Sinne der kraftvollen Zusammenfassung unserer beschränkten Mittel grundsätzlich einer einzigen nationalen Luftverkehrsunternehmung übertragen werden.
2. Die Tätigkeit anderer Luftfahrtunternehmungen ist deswegen nicht ausgeschlossen. Ihr Arbeitsgebiet beschlägt Taxi- und Rundflüge, Photoflüge, Reklameflüge, Schulung, Betrieb von Linien mit ausgesprochen regionaler Bedeutung, Betrieb von Linien für isolierte Interessengruppen.

52 Bericht der Kommission Amstutz vom 21.4.1947, S. 11.

b) Die Situation nach dem zweiten Weltkrieg: die SWISSAIR
als "chosen instrument" des schweizerischen Linienverkehrs

Nach dem zweiten Weltkrieg finden wir folgende Situation vor: Es bestehen zwei konzessionierte Linienunternehmungen, die SWISSAIR und die Alpar. Der Bund befürchtete immer noch Nachteile aus der Abhängigkeit von einer einzigen Unternehmung. Der Bund hoffte, durch diese Konzessionierungspolitik einen stärkeren Einfluss auf die Linienverkehrspolitik ausüben zu können. Er teilte die Netze zwischen SWISSAIR und Alpar auf, indem die SWISSAIR die bedeutenden interkontinentalen und kontinentalen Linien befliegen durfte, während die Alpar im wesentlichen Zubringerdienste, vor allem zwischen der Bundeshauptstadt und den anderen schweizerischen Grossflughäfen, leistete. Doch der Alpar blieb der Erfolg versagt, und man legte ihr die Fusion mit der SWISSAIR erneut nahe. Nach anfänglichen Hoffnungen auf ihre Zustimmung musste ihr aber schliesslich durch Schiedsspruch die Linienkonzession entzogen werden, und sie musste sich fortan auf den Gelegenheitsverkehr beschränken, so dass die SWISSAIR als einzige Linienunternehmung des schweizerischen Linienverkehrs verblieb.

Diese Stellung nun, die man damit der SWISSAIR eingeräumt hat, wird im Luftverkehr allgemein als die Stellung des "chosen instrument" bezeichnet. Dieser Begriff wird wie folgt definiert: Unter dem "chosen instrument" im Luftverkehr versteht man eine vom Staat bevorzugte, mit besonderen finanziellen Mitteln (Kapital, Betriebssubventionen) und mit besonderen rechtlichen Vorteilen (einzige Linienkonzession), aber auch mit zum Teil weitgehenden nationalen Pflichten (gemeinwirtschaftliche Konzessionärspflichten⁵³, Beschaffung

⁵³ Vgl. Kapitel "Die Pflichten der SWISSAIR aus der Konzession S. 86 ff.

von Flugzeugen der einheimischen Flugzeugindustrie⁵⁴ etc.) ausgestattete Luftverkehrsunternehmung.

Diese Situation treffen wir in den meisten europäischen Staaten heute an, wobei sich der schweizerische Linienluftverkehr rühmen darf, gegenwärtig und hoffentlich noch lange Zeit, von Betriebssubventionen unabhängig zu sein.

Bestätigt wird diese Sonderstellung der SWISSAIR auch im Bericht des Luftamtes zur Luftfahrtpolitik 1980: "Die Konzentration der Kräfte auf ein⁵⁵ nationales Unternehmen hat sich bewährt, und es sind auch für die Zukunft keine Entwicklungen abzusehen, welche es nahelegen würden, diesen Grundsatz preiszugeben. Im Interesse einer klareren und leichter anzuwendenden Abgrenzung empfiehlt es sich, der SWISSAIR den Linienverkehr mit grossen Flugzeugen⁵⁶ überhaupt vorzubehalten ..."⁵⁷

2. Die Öffentliche Bindung der SWISSAIR durch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Konzession

a) Die Konzession als Vermittlerin nicht nur von Rechten, sondern auch von Pflichten

Zunächst erwirbt der Konzessionär mit der Konzession das Recht, die ihm delegierte staatliche Aufgabe ausser oder eventuell neben allen andern konzessionierten zu verwirklichen. Gleichzeitig übernimmt er aber auch Pflichten. Das Gemeinwesen muss die Gewähr haben, dass auch der konzessionierte Private sich im Rahmen seiner polizeilichen und verkehrspolitischen, aber auch wirtschaftspolitischen Zielsetzungen bewegt. Dieses Anliegen rechtfertigt den umfangreichen Pflichtenkatalog in Gesetz, Verordnung und schliesslich Konzession.

54 So z.B. Air France mit der Caravelle und der Concorde.

55 Hervorhebung durch den Verfasser.

56 Die Grenze liegt bei einem höchstzulässigen Abfluggewicht von 15'000 kg oder 30 Fluggastsitzen. Was einen dieser Grenzwerte übersteigt, gilt als sog. grosses Flugzeug, was darunter liegt, als kleines; vgl. LFPO 80, S. 44.

57 Ebenda.

b) Die Pflichten der SWISSAIR aus der Konzession als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Bei der Konkretisierung des Begriffes der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen⁵⁸ der SWISSAIR-Konzession wollen wir vergleichend dieses Institut der SBB beiziehen.

Das schweizerische Eisenbahngesetz umschreibt in Art. 50 den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung⁵⁹ wie folgt: "Gemeinwirtschaftliche Leistungen ergeben sich aus den Grundpflichten, welche den Eisenbahnen den Charakter öffentlicher Verkehrsdienste verleihen (Betriebspflicht, Fahrplanpflicht, Beförderungspflicht, Tarifpflicht) sowie aus solchen tarifarischen und betrieblichen Massnahmen, die in besonderer Weise volkswirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen Rechnung tragen, sofern es sich um Leistungen handelt, die eine Bahnunternehmung bei kaufmännischer Geschäftsführung ohne entsprechenden Ausgleich nicht übernehmen könnte." Interessanterweise finden wir die in diesem Artikel zitierten Institute der Betriebspflicht, "Fahrplanpflicht", Beförderungspflicht und Tarifpflicht auch im Luftverkehr in Gesetz, Verordnung und Konzession. Viel weiter kann aber die Gemeinsamkeit diesbezüglich zwischen SBB und SWISSAIR nicht gehen. Die Funktion, der Umfang und die Komplexität der Auflagen, wie sie die SBB kennen, stehen in keinem Vergleich zu der SWISSAIR. Der Linienluftverkehr trägt zwar gleichfalls den Charakter eines öffentlichen Verkehrsdienstes, den ihm der Bund bewusst mit diesem Konzessionsinhalt verliehen hat, aber man muss die Begrenztheit der Auflagen im Luftverkehr ganz klar sehen. Betrachten wir noch einmal die ge-

58 Vgl. vorne S. 64 ff.

59 Im folgenden verwendet das Eisenbahngesetz den Begriff der Leistung so, wie wir oben die Verpflichtung definiert haben. Wir gehen davon aus als Leistung zu definieren, was auch freiwillig erbracht werden kann, dagegen als Verpflichtung, was nur durch äusseren (staatlichen) Zwang übernommen wird.

meinwirtschaftlichen Leistungen. Wir haben gesehen, dass sie in begrenztem Umfang auch von Privaten erbracht werden können.⁶⁰ Es gilt aber sofort die Definition zu präzisieren. Stamm postuliert: "Einschränkend ist jedoch hinzuzufügen, dass man natürlich nicht von echten gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen spricht, wenn lediglich aus Wettbewerbsgründen Gewinnschmälerungen oder Verluste vorübergehend und in geringem Umfang übernommen werden."⁶¹ Man denke beispielsweise an das Weiterbefliegen einer unrentabel gewordenen Linie, z.B. auf dem Nordatlantik. Diesem Umstand liegen Wettbewerbsgründe zugrunde. Eine nationale Weltluftverkehrsgesellschaft würde im Wettbewerb unglaublich, wenn sie eine derartige Linie aus ihren Plänen steichen wollte. Dagegen könnte der Fall von Art. 3 Ziff. 2 letzter Satz der SWISSAIR-Konzession als echte in Aussicht gestellte gemeinwirtschaftliche Leistung angesehen werden. Dort heisst es: "Entscheidungsansprüche für Luftverkehrslinien, die auf Verlangen der Konzessionsbehörde betrieben werden, aber nicht selbsttragend sind, bleiben vorbehalten."⁶² Hier also auch das typische Merkmal der Abgeltung der (echten) gemeinwirtschaftlichen Leistung. Nach Auskunft der SWISSAIR ist nur im Postverkehr ein solcher Fall aktuell.

Uebertragen wir die wirtschaftspolitische Funktion der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der SBB auf die SWISSAIR, müssen wir von den folgenden Grundsätzen ausgehen, die wir anschliessend eingehend beleuchten werden:

1. Die gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung der Bahnen erfüllt ganz grundsätzlich wegen ihrer Eigenart einen anderen Auftrag, als dies eine internationale Luftverkehrsgesellschaft überhaupt kann.

60 Vgl. vorne S. 62 ff., speziell S. 63 f.

61 Stamm, S. 8.

62 Art. 3 Ziff. 2 letzter Satz SWISSAIR-Konzession.

2. Die Verpflichtung zur Eigenwirtschaftlichkeit setzt der Belastung einer Verkehrsunternehmung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen engste Grenzen; sie begrenzt sie auf die Grundpflichten.

In einem Satz: Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der internationalen Luftverkehrsunternehmung in grösserem Umfang wären als widernatürlich und auftragsfeindlich (gegenüber dem Auftrag der Eigenwirtschaftlichkeit) anzusehen.

Zum Punkt 1: Die Natur des Luftverkehrs als ausgesprochenes Langstrecken-Verkehrsmedium und Medium mit riesigem Raumbedarf für die Bodenorganisation verunmöglicht ihm absolut in den engen Verhältnissen der Schweiz eine raumordnungs- politische Funktion auszuüben. Mehr als zwei Grossflughäfen sind in der Schweiz schwer unterzubringen. Die "Erschliessung und Förderung von relativ wenig entwickelten Gebieten, zumal geographischen Randgebieten", die "Entballung von Industriegebieten", die "Förderung bestimmter Wirtschaftszweige", die "Stützung von Klein- und Mittelbetrieben", die "Auflockerung grossstädtischer Siedlungen"⁶³, wie Schulz-Kiesow⁶⁴ und Thiemeyer die gemeinwirtschaftlichen Ziele der Verkehrsbedienung der Eisenbahnen umschreiben, kommt für den Luftverkehr als widernatürlich nicht in Frage. Die Tatsache, dass die Schweiz drei Landesflughäfen besitzt, ist föderalistischem Denken entsprungen. Die obigen Aufgaben können aber nur mit einem sehr dichten Stecken- und Stationsnetz, das zudem mitten in die Siedlungen aller Grössen führen muss, erfüllt werden.

63 Thiemeyer, Wirtschaftslehre, S. 63.

64 Schulz-Kiesow, Wettbewerbsprobleme aus der Sicht der Eisenbahnen, in: Handbuch der öffentlichen Wirtschaft, Band I, Stuttgart 1960, S. 282.

Zu Punkt 2: Von allem Anfang an lag der Betriebsrechnung der SBB eine andere Zielsetzung zugrunde als der SWISSAIR. Zur Erreichung der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung wenden die Eisenbahnen den sozialen Verkehrslastenausgleich an, was eine Abweichung von der kostenorientierten Tarifpolitik darstellt, wie sie aber der Luftverkehr kennt.⁶⁵ Der schweizerische Luftverkehr wurde aber von allem Anfang an zur Eigenwirtschaftlichkeit verpflichtet. Man wollte eben gerade vor allem kein Zuschussprinzip statuieren. Diese Tatsache findet ihren Niederschlag in zwei Umständen: Das älteste wie das jüngste Dokument zu dieser Frage betont die Verpflichtung der SWISSAIR zur Eigenwirtschaftlichkeit. In den Ergebnissen, die die Kommission Amstutz zur Schaffung einer nationalen schweizerischen Luftverkehrsunternehmung im Bericht vom 21.4.1947 dem PED unterbreitete, heisst es ausdrücklich unter IV. l.b.l. S. 13: "Die Eigenwirtschaftlichkeit des Luftverkehrs ist anzustreben." Auch an dieser selben Stelle erhalten wir einen Anhaltspunkt dafür, dass bei der SWISSAIR eine Gewinnverwendung ex post im gemeinwirtschaftlichen Sinn nie ins Auge gefasst wurde. Im Sinne einer Bestätigung des bereits erarbeiteten Ergebnisses⁶⁶ stellt der Bericht anschliessend an die oben zitierte Stelle fest, dass Ueberschüsse, die nach der statutarischen Aeuftung von Reserven und der Bezahlung der Dividende verbleiben zur Vornahme zusätzlicher Abschreibungen und Reservestellungen, zur Steigerung der Leistungsfähigkeit des Betriebes und zur Erweiterung des Netzes - allerdings im Sinne einer angemessenen Berücksichtigung der einzelnen Regionen - verwendet werden sollen. Das jüngste Dokument, der Bericht des Luftamtes zur Luftfahrtpolitik 1980, stellt ebenfalls wieder fest: "Eigenwirtschaftlichkeit ist konsequent anzustreben."⁶⁷ -

65 Vgl. umfassend, Dirlewanger, a.a.O.

66 Vgl. oben S. 68 ff., vor allem am Schluss b).

67 LFPO 80, S. 29.

"Die Marktordnung sollte national und international so angestrebt werden, dass der Luftverkehr als System ... eigenwirtschaftlich ist."⁶⁸

Der zweite Umstand ist der, dass man der SWISSAIR als nationaler Luftverkehrsunternehmung die Rechtsform einer Aktiengesellschaft gegeben bzw. gelassen hat und ihr ebenfalls - die theoretisch abänderbare - Ausrichtung nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen, d.h. Gewinnorientierung als Basis der Eigenwirtschaftlichkeit gelassen hat.⁶⁹ Auch diese Zielsetzung finden wir im ältesten und jüngsten Dokument bestätigt. Die Kommission Amstutz erklärt:⁷⁰ "Die Unternehmung [SWISSAIR] ist nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten aufzubauen und zu leiten", das Luftamt: "Der Linienverkehr wurde ... konzentriert auf die SWISSAIR, die mit einer Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen geführt wird."⁷¹

Unter diesen Voraussetzungen wäre eine Belastung der SWISSAIR mit massiven gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (und Leistungen), die Gewinnschmälerungen im grossen Umfang bedeuteten, deren Hinnahme aber Bedingung, d.h. Regel wäre für eine gemeinwirtschaftliche Unternehmung, kontraproduktiv, genauer gesagt auftragswidrig.

Abschliessend stellen wir fest: Die SWISSAIR trägt gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen - im Vergleich zu den Bundesbahnen - in den engsten Grenzen, die ihr Charakter und ihr Auftrag zulässt.

68 LFPO 80, S. 34. Betrifft nicht nur die SWISSAIR.

69 Ueber die aktienrechtlichen Aspekte vgl. hinten, 3. Teil.

70 A.a.O., S. 11.

71 LFPO 80, S. 31.

c) Die gemeinwirtschaftlichen Grundpflichten der SWISSAIR⁷²

aa) Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Grundpflichten

Die Definition der gemeinwirtschaftlichen Grundpflichten können wir Art. 50 des Eisenbahngesetzes vom 20. Januar 1957 entnehmen. Dort heisst es: "Gemeinwirtschaftliche Leistungen ergeben sich aus den Grundpflichten, welche den Eisenbahnen den Charakter öffentlicher Verkehrsdienste verleihen (Betriebspflicht, Fahrplanpflicht, Beförderungspflicht, Tarifpflicht)." Die Tatsache, dass wir diese Grundpflichten im Linienluftverkehr ebenfalls finden, lässt auch auf seinen Charakter eines öffentlichen Verkehrsdienstes schliessen. Das ist von der Definition her unbestritten. So definiert Riese den Linienverkehr als "... die auf die Dauer vorgesehene Ausführung regelmässig wiederkehrender, zu öffentlich (fahrplanmässig) bekanntgegebenen Abflugzeiten (und Tarifen) erfolgenden, jedermann zugänglichen Beförderungen von Personen, Postsendungen und Waren durch Luftfahrzeuge auf bestimmten Strecken."⁷³ In seiner Funktion als öffentlicher Verkehrsdienst sind aber dem Linienluftverkehr die Vorbehalte von oben b) anzubringen.

bb) Gemeinwirtschaftliche Grundpflichten und Handlungsfreiheit

Stamm stellt fest: "Dass jede Fremdverpflichtung oder Auflage - wie es auch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sind - im Grundsatz eine Beschränkung der Handlungsfreiheit bedeutet, ist offensichtlich und unbestritten. Entscheidender ist aber vielmehr die Frage, wo und wie bedeutsam diese Handlungsfreiheit durch solche Verpflichtungen beeinträchtigt wird."⁷⁴

72 Die analogen Bestimmungen des deutschen Luftrechtes vgl. § 21 LuftVG, hinten S. 132 ff.

73 Riese, Luftrecht, S. 134.

74 Stamm, S. 94.

Diese Feststellung müssen wir vor Augen behalten, wenn wir die einzelnen Grundpflichten im folgenden zwischen den SBB und der SWISSAIR vergleichen.

cc) Gemeinwirtschaftliche Grundpflichten und gemeinwirtschaftliche Leistungen

Eine weitere Feststellung von entscheidender Bedeutung für unsere Analyse der gemeinwirtschaftlichen Bindung der SWISS-AIR ist die folgende, die zeigt, dass eine Unternehmung formell gemeinwirtschaftlich verpflichtet werden kann, ohne dass gleichzeitig auf entsprechende gemeinwirtschaftliche Leistungen geschlossen werden kann. Wir haben ja bereits gesehen, dass die echten gemeinwirtschaftlichen Leistungen der SWISS-AIR praktisch unbedeutend sind,⁷⁵ dass aber die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen weiter gehen, aber auch wiederum in Grenzen im Vergleich zu den Bahnen. Die Feststellung ist die folgende: Es "ist festzustellen, dass von öffentlichen Auflagen (hier) einer Bahnunternehmung nicht unbedingt auch auf entsprechende gemeinwirtschaftliche Leistungen zu schliessen ist."⁷⁶

dd) Die Betriebspflicht

aaa) Zweck

Jedem Privatunternehmen steht es frei, jederzeit den Umfang seiner Tätigkeit beliebig zu verändern, z.B. um die Rentabilität zu verbessern. Mit der Statuierung der Betriebspflicht in der Konzession wird dem konzessionierten Privatunternehmen diese Freiheit genommen, da die Konstanz der angebotenen Lei-

75 Siehe vorn, S. 92 ff., speziell S. 95 f.

76 Entwurf zu einem Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen und bahnfremde Lasten und die Sicherung der öffentlichen Verkehrsbedienung, März 1954, S. 15 bei Stamm, S. 67, Fortsetzung des Zitates durch den Verfasser.

stung im Interesse der Allgemeinheit liegt (Art. 108 Abs. 1 LFV, Art. 5 Abs. 1 SR-Konzession).

bbb) Inhalt

Während die Betriebspflicht der SBB ausdrücklich den Verzicht auf Rentabilitätsüberlegungen fordert - "... dass die SBB den Betrieb auf ihren Stecken grundsätzlich, also ohne Rücksicht auf die Rentabilität, aufrecht erhalten müssen"⁷⁷ -, lässt das Fehlen einer analogen expliziten Bestimmung für die SWISSAIR und die generelle Formulierung der Ausnahmen sowohl in Art. 108 Abs. 2 und 3 LFV und Art. 5 Abs. 1 und 2 SR-Konzession Rentabilitätsüberlegungen als Gründe für Abweichungen vom Grundsatz zu.⁷⁸ Im Gegensatz zu den SBB hat die SWISSAIR auch im internationalen Vergleich bemerkenswerte Rentabilität erreicht. Die neueste Verpflichtung der SWISSAIR zur Eigenwirtschaftlichkeit muss Erhaltung dieser Rentabilität bedeuten, wozu die beiden Bestimmungen legitimieren.

Zunächst wird aber in Art. 108 Abs. 1 LFV der Konzessionär verpflichtet, "den ihm durch die Konzession übertragenen Betrieb während der Dauer der Konzession aufrechtzuerhalten". Die analoge Bestimmung der Konzession selbst findet sich in Art. 5 Abs. 1 1. Satz: "Die Konzessionärin ist verpflichtet, alle Vorkehren zu treffen, um den Betrieb im Rahmen der technischen und personellen Möglichkeiten gemäss den Flugplänen aufrechtzuerhalten."

Bezüglich der Ausnahmen ist die LFV ausführlicher: "Das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement kann jedoch, namentlich bei einer Notlage oder bei veränderten Verhältnissen, den Konzessionär auf begründetes Gesuch hin von einzelnen auferlegten Pflichten ganz oder teilweise be-

77 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesbeschluss über die Abgeltung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen der Schweizerischen Bundesbahnen vom 1. Juli 1970, S. 3.

78 Texte siehe im Anhang.

freien oder ihm andere Erleichterungen gewähren."⁷⁹ - "Es kann, wenn die Notlage andauert oder wenn kein ausreichendes Bedürfnis die Weiterführung des Betriebes rechtfertigt, den Konzessionär ermächtigt, den Betrieb schon vor Ablauf der Konzession zu beschränken oder ganz einzustellen."⁸⁰ Die Konzession fasst zusammen: "Das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement kann die Konzessionärin auf begründetes Gesuch von einzelnen Pflichten befreien oder andere Erleichterungen gewähren. Aenderungen, die nur für die laufende Flugplanperiode gelten sollen, können durch das Eidgenössische Luftamt genehmigt werden."⁸¹ Der im Art. 108 Abs. 2 und 3 nicht präziisierte Begriff der Notlage oder der veränderten Verhältnisse kann extensiv ausgelegt werden. Denkbar sind Fälle technischer Natur, wie z.B. Treibstoffmangel, ein Flugverbot wegen festgestellter technischer Mängel an einem Flugzeug(typ)⁸², oder politische Gründe, wenn das Anliegen eines Staates aus politischen Gründen nicht mehr opportun ist wegen Kriegs, Revolution etc. oder wenn durch Aenderung der politischen Verhältnisse in einem Staat eine andere Politik der Handhabung von Luftrechten Platz greift, schliesslich aber zweifellos auch Fälle wirtschaftlicher Notlagen. Vor allem die Formulierung von Art. 108 Abs. 3 LFV, die bei einem nicht (mehr) ausreichenden Bedürfnis der Weiterführung partiell oder total Betriebsbeschränkungen zulässt und Abs. 2 von Befreiung von einzelnen auferlegten Pflichten ganz oder teilweise oder von der Gewährung "anderer Erleichterungen" spricht, sind Ausnahmen von der Betriebspflicht aus Rentabilitätsgründen zulässig. Dies in der Form, dass entweder Linien stillgelegt werden können (nur darf dann die Stilllegung nicht mehr kosten als das Weiterfliegen) oder

79 Art. 108 Abs. 2 LFV.

80 Art. 108 Abs. 3 LFV.

81 Art. 5 Abs. 2 SR-Konzession.

82 Wie vorgekommen 1979 für die DC-10.

dass unter der "Gewährung anderer Erleichterungen" Finanzhilfen auf der Basis von Art. 101 Abs. 3 LFG verstanden werden oder dass Entschädigungsansprüche befriedigt werden für Luftverkehrslinien, die nur (noch) auf Verlangen der Konzessionsbehörde betrieben werden, aber nicht selbsttragend sind, wie das Art. 3 Abs. 2 letzter Satz der SR-Konzession ausdrücklich vorsieht. Die Möglichkeit der Anpassung des Betriebes an das Bedürfnis spricht direkt die Rücksichtnahme auf die Nachfrage am Luftverkehr an.

Zusammenfassend ergibt sich für die Betriebspflicht folgende Bedeutung:

ccc) Bedeutung

Es ist sicher richtig, im Vergleich mit der Betriebspflicht der SBB darauf hinzuweisen, dass auch dort Rentabilitätsüberlegungen nicht generell ausgeschlossen werden wollen. Richtig an der Aussage der Abgeltungsbotschaft der SBB⁸³ ist sicher, "dass die Bundesbahnen den Betrieb auf dem bestehenden Netz im grossen und ganzen aufrechterhalten müssen und nicht kurzerhand jede verkehrsschwache Stecke schliessen können. Aenderung der Betriebsweise und Stilllegung von Eisenbahnlinien sind jedoch im SBB-Gesetz ausdrücklich vorgesehen und in die Kompetenz des Bundesrates, resp. der Bundesversammlung (für endgültige Stilllegung von Linien) verwiesen."⁸⁴ Auch wenn durch diese Feststellung die anfänglich zitierte Passage "ohne Rücksicht auf die Rentabilität" abgeschwächt wird, geht ihr Zweck, Rentabilitätsüberlegungen zurückzustellen, als Grundsatz dennoch deutlich vor. Das Mass der Berücksichtigung solcher Interessen kommt aber aus den beiden Formulierungen der Betriebspflicht deutlich zum Ausdruck. Das Interesse an der Rentabilität der SWISSAIR - wohl wahrscheinlich vor allem, weil seit Jahren auch tatsächlich in bemer-

83 Zit. 85 Anm. 1.

84 Stamm, S. 67.

kenswertem Masse gegeben - ist offensichtlich grösser als bei den SBB. Dieser Umstand kann aber nicht überraschen. Der Charakter einer Nationalbahn und einer Weltlinienluftverkehrsgesellschaft ist zu verschieden. Wie oben schon allgemein festgestellt, hat eine LVG nie die gleiche soziale und raumordnungspolitische Funktion wie eine Nationalbahn, schon gar nicht, wenn ihr Inlandverkehrsnetz unbedeutend ist. So muss es auch hier als ungerechtfertigt, sinnlos und wider-natürlich angesehen werden, wenn der Umfang der Betriebs-pflicht weit ausgedehnt und die Ausnahmen, die Grenzen restriktiv ausgelegt werden.

Die Betriebspflicht der SWISSAIR, wie sie LFG, LFV und Konzession verlangen, kann also nur den Sinn haben, Beschränkungen oder die Aufhebung des Betriebes oder die Gewährung von Erleichterungen von einer Bewilligung der vorgesetzten Behörde(n) abhängig zu machen. Im Grundsatz ist diese Massnahme unbestritten, da der Linienluftverkehr den Charakter eines öffentlichen Verkehrsdienstes hat, und wenn er zudem durch eine Aktiengesellschaft des Privatrechts betrieben wird, muss die privatrechtliche Freiheit, den Umfang der Tätigkeit jederzeit und beliebig auf Rentabilitätsüberlegungen zu verändern, durch eine öffentlich-rechtliche Schranke begrenzt werden, um die Kontinuität des Betriebes als einem Interesse der Allgemeinheit zu garantieren. Wichtig ist auch die Feststellung, dass damit der wirtschaftliche Tätigkeitsbereich im Gegensatz zum technischen berührt wird.

ee) Die Flugplanpflicht

(Art. 29 Abs. 1 LFG; Art. 107 LFV; Art. 4 SR-Konzession)

Die LFV statuiert Flugplan- und Tarifpflicht im gleichen Artikel. Für die Flugplanpflicht hält sie fest: "Flugpläne ... unterliegen der Genehmigung durch das Eidgenössische Luftamt. Der Konzessionär hat die Flugpläne ... der Öffentlichkeit in

geeigneter Weise zugänglich zu machen." Abs. 2 lautet: "Das Eidgenössische Luftamt lädt die interessierten Kreise periodisch zu Flugplankonferenzen ein, an denen namentlich die Gestaltung des Liniennetzes und die Flugpläne besprochen wird." In der SWISSAIR-Konzession heisst es: "Die Flugpläne bedürfen der Genehmigung durch das Eidgenössische Luftamt." In Abs. 2 lautet: "Die genehmigten Flugpläne sind von der Konzessionärin zu veröffentlichen."

Die Tatsache, dass eine Verkehrsunternehmung mit öffentlichem Verkehrsdienstcharakter ihre Leistung nach einem zeitlich und örtlich vorausbestimmten Plan anbietet und erbringt, ist weder überraschend noch unter irgendwelchen Ueberlegungen bedenklich. Das Aufstellen und das Veröffentlichen, daneben natürlich auch das Einhalten dieser Flugpläne in unserem Fall, ist für die Unternehmung ein betriebstechnisches und wirtschaftliches Erfordernis, das aber auch tatsächlich das Wesen der Flugplanpflicht nicht ausmachen kann. Auch die garantierte Mitsprache der Öffentlichkeit, wie sie Art. 107 Abs. 2 LFV vorsieht, kann es nicht. Das Wesen der spezifisch gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung "Flugplanpflicht" kann nur in dem allfälligen Zwang zur Berücksichtigung betriebswirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigter Flugplanbegehren gesehen werden. Dabei muss eine Ueberlegung berücksichtigt werden: Die Beibehaltung einer schlecht ausgelasteten Linie oder einer Linie, die zwar ausgelastet, aber wegen des Preiswettbewerbes nicht mindestens selbsttragend gestaltet werden kann, kann sich aus wettbewerbspolitischen Ueberlegungen dennoch rechtfertigen, weil die Attraktivität und Glaubwürdigkeit eines Verkehrsmittels, resp. der einzelnen Unternehmung, weitgehend auch vom Gesamtangebot her beurteilt wird, was eine Art "Mindestflugplan" erfordert, mit dem Risiko, dass vorübergehend und/oder in geringem Umfang Gewinnschmälerungen oder kleinere Verluste hingenommen werden müssen. Aber

auch das vermag die Leistung nicht zu einer echten gemeinwirtschaftlichen zu machen.⁸⁵

Um eine effektive, konkrete Belastung⁸⁶ der SWISSAIR durch die Grundpflicht "Flugplanpflicht" eruieren zu können, müsste vorerst der Nachweis erbracht werden, dass der Abbau unerwünschter, bestehender Linien sowie die Ablehnung untragbarer neuer Begehren seitens der vorgesetzten Behörde oder der Öffentlichkeit auf dem ordentlichen Weg versucht und von der Aufsichtsbehörde abgelehnt wurde. Dann müsste ausschlaggebend sein, was die nachmalige Berechnung der effektiven Mehrbelastung ergäbe, welche dann als echte gemeinwirtschaftliche Verpflichtung betrachtet werden könnte.

Für die SWISSAIR gilt aber heute, dass zwischen ihr und den vorgesetzten Behörden absolute Einigkeit herrscht über die Ausgestaltung des Liniennetzes. Deshalb stellt die Flugplanpflicht der SWISSAIR begrifflich, aber nicht im Umfang eine echte gemeinwirtschaftliche Verpflichtung dar, die sich höchstens in der Genehmigungspflicht ausdrückt, die aber ohne materielle Konsequenzen bleibt bei Konsens. Wiederum unter dem Aspekt der Verpflichtung zu Eigenwirtschaftlichkeit, die bei der SWISSAIR Gewinn bzw. Gewinnausschüttung an die Kapitaleigner bedeutet - im Gegensatz zu den SBB, die sich zu gewinnloser Eigenwirtschaftlichkeit zur Selbsterhaltung und Ueberschussverwendung zur Erweiterung des Leistungsangebotes verpflichtet haben -, treten auch hier Rentabilitätsüberlegungen in den Vordergrund. Die Verpflichtung der SWISSAIR zur Eigenwirtschaftlichkeit verstanden als Unabhängigkeit von Zuschüssen in Form von Subventionen bedeutet eine zurückhaltende Handhabung der Verpflichtung der SWISSAIR zum Beflug nicht selbsttragender Linien. Unter diesen Umständen ist nicht zu erwarten, dass das Luftamt bzw. der Bundesrat von dem ihnen

85 Siehe vorn S. 64 ff., S. 86 ff.

86 Begriff der Belastung im gemeinwirtschaftlichen Sinn siehe S. 65.

zustehenden Recht gemäss Art. 3 Abs. 2 letzter Satz der SR-Konzession Gebrauch machen, Linien betreiben zu lassen, die nicht selbsttragend sind, und nur auf ihr Verlangen befliegen werden und diese gleichzeitig der SWISSAIR zu entschädigen.

Der Vergleich mit der Fahrplanpflicht der SBB ergibt weitgehend Analoges. Sie besagt, "dass die Verkehrsbedienung bestimmter Orte zu bestimmten Zeiten im voraus zu planen und zu veröffentlichen ist, wobei die einmal festgelegten Züge unabhängig davon zu führen sind, ob eine ausreichende Nachfrage besteht oder nicht."⁸⁷ Auch hier rechtfertigt sich die Beibehaltung schlecht besetzter Verbindungen aus absatzpolitischen Ueberlegungen neben den sozial- und raumordnungspolitischen. Festsetzung, Veröffentlichung und Einhaltung der Fahrpläne verstehen sich auch hier eigentlich von selbst. Im Gegensatz zur SWISSAIR kann man für die SBB feststellen, dass ihr tatsächlicher Fahrplan mit einem ausschliesslich⁸⁸ nach kaufmännischen Kriterien erstellten nicht übereinstimmt. Der Hauptgrund dürfte, wie oben bereits angedeutet, darin liegen, dass erstens diesbezüglich sowie grundsätzlich von einer öffentlichen Unternehmung mehr erwartet wird als von einer privaten, ferner könnte die Beibehaltung oder Errichtung unrentabler Verbindungen bei einem allfälligen Ueberschuss das Resultat der Verwendung dieses Ueberschusses für eine Erweiterung des Leistungsangebotes sein. Dies trifft allerdings gegenwärtig für die SBB nicht zu, auch die diesbezüglichen Erwartungen sind von denen der SWISSAIR verschieden.

87 Abgeltungsbotschaft SBB, zitiert vorne, S. 93 Anm. 77, S. 94.

88 "Ausschliesslich" trifft allerdings auch für die SWISSAIR nicht zu.

ff) Die Beförderungspflicht

(Art. 29 Abs. 1 LFG; Art. 109 LFV; Art. 6-8 SR-Konzession)
Stellen wir die Definition der Beförderungspflicht der Bahnen zunächst derjenigen des Luftverkehrs voran. Sie lautet: "Die Beförderungspflicht bestimmt, dass die Bahnen alle Personen und Güter zur Beförderung annehmen müssen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dazu erfüllt sind. Dies hat zur Folge, dass sich die Bahnen auf die Bewältigung von Verkehrsspitzen einrichten müssen."⁸⁹ (Kontrahierungszwang)

Art. 109 LFV gibt uns keine Definition, sondern verweist für Art und Umfang der Beförderungspflicht auf die Konzession (Art. 109 Abs. 1 LFV). Aber auch Art. 6 SR-Konzession liefert keine Definition des Begriffes; er erscheint sogar nur in der Marginalie. Der Artikel statuiert im wesentlichen die Reihenfolge, in der die SWISSAIR verpflichtet ist zu befördern. Sie besteht als erstes: "a) Für Personen, die im Auftrage des Bundesrates reisen, für die schweizerischen diplomatischen Kuriere ..., b) für Post sowie für Kuriersendungen, die nicht als Fracht aufgegeben werden; c) für die übrigen nicht unter Buchstabe a erwähnten Personen, ihr Gepäck und Uebergepäck, sowie für Fracht." Art. 7 präzisiert in Abs. 1: "Die Konzessionärin darf nur die vom Eidgenössischen Luftamt genehmigten ... Beförderungsbedingungen anwenden. Der Genehmigung bedürfen auch alle damit zusammenhängenden Vereinbarungen zwischen der Konzessionärin und anderen Luftverkehrsunternehmungen." Nicht erwähnt ist im Gegensatz zu den SBB eine Auflage zur Ausrichtung des Betriebes auf Verkehrsspitzen. Aber immerhin unterliegen die öffentlichen Verkehrsdienste als Korrelat zu der Beförderungspflicht im Rahmen der technischen Möglichkeiten und bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen dem Kontrahierungszwang. Was nun aber die Ausrichtung auf Verkehrsspitzen angeht, gilt

89 Ebenda, Anm. 1 S. 4.

folgendes: Das Interesse an der Bewältigung von Verkehrsspitzen müssen öffentliche und private Verkehrsunternehmen gleichermaßen haben, denn sie bedeuten vor allem bei letzteren Gewinn; diese Einschränkung bei den Bahnen z.B. muss deshalb gemacht werden, weil u.U. in Verkehrsspitzen eine Häufung von Fahrgästen mit Billigstfahrscheinen auftritt (z.B. Schüler, ausgenützte Halbtax-Abonnements), die diese Ueberlegung relativieren. Die Bereithaltung einer Transportkapazität für die Bewältigung solcher Verkehrsspitzen stellt aber noch keine Belastung in gemeinwirtschaftlichen bzw. materiellen Sinne dar. Zu einer solchen wird die Beförderungspflicht erst dann, wenn die Verkehrsunternehmung zur Bereitstellung von betriebswirtschaftlich nicht mehr verantwortbaren Kapazitäten angehalten werden, die nach Bewältigung einer Spitze aber ungenügt bleiben und nur noch Kosten verursachen. Es ist aber richtig, auch diese Forderung zu relativieren. Erstens darf nicht auf einmalige Spitzen abgestellt werden, sondern es ist auf regelmässige Spitzen (Ferien, Weihnachten, Sommer) nach dem entsprechenden Kriterien Rücksicht zu nehmen, bei den Bahnen etwa auch auf Arbeitsschluss, Schulschluss.

Bezüglich der Bewältigung von Verkehrsspitzen enthält die Konzession wohl richtigerweise keine Bestimmung, weil es eine Selbstverständlichkeit darstellt für eine nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen geführte Luftverkehrsunternehmung. Sie erstellt lediglich eine Prioritätenliste bezüglich der zu transportierenden Personen und Güter. Die Grenze der technischen Möglichkeiten (Art. 6 Abs. 1 SR-Konzession) versteht sich ebenfalls von selbst. Diese Pflichten kann die SWISSAIR erfüllen, ohne dass von einer Belastung zu sprechen wäre. Selbst die auferlegte unentgeltliche Beförderung des vom Eidgenössischen Luftamt bezeichneten Personals für seine dienstlichen Verrichtungen, für die also keine Abgeltung vorgesehen ist, vermag die SWISSAIR nicht materiell zu belasten,

genau wie der Genehmigungsvorbehalt für die Beförderungsbedingungen. Die unterschiedliche Ausgestaltung der Beförderungspflichten muss wiederum ihre Begründung im Charakter des Verkehrsdienstes finden. Die Bewältigung der Verkehrsspitzen, wie sie die Beförderungspflicht der SBB fordert, hat eine viel stärkere soziale Komponente als dies bei der SWISSAIR der Fall ist. Dort entstehen die Spitzen wahrscheinlich nie durch Arbeits- oder Schulschluss. Zugegeben, der Vergleich liegt an der Grenze der Zulässigkeit, aber er erscheint uns dennoch berechtigt.

Begrifflich und grundsätzlich hat man also auch für die SWISSAIR die gemeinwirtschaftliche Grundpflicht der Beförderungspflicht statuiert, aber ebenfalls dem Charakter entsprechend in der abgeschwächten Form einer Prioritätenliste, die unschwer erfüllbar ist.⁹⁰ Jedenfalls kann nicht vom Ausmass einer Belastung im gemeinwirtschaftlichen Sinne gesprochen werden wie z.B. bei massivem Ausbau der Gratisbeförderung.

gg) Die Tariffpflicht

(Art. 29 Abs. 1 LFG, Art. 107 LFV; Art. 7 und 9 SR-Konzession)
Analog zu den Flugplänen statuieren LFV (Art. 107 Abs. 1) und SWISSAIR-Konzession (Art. 7) einen Genehmigungsvorbehalt für die zu verwendenden Tarife. Um die Sache nicht unnötig zu komplizieren, sei an dieser Stelle eine klärende Vorbemerkung angebracht.

Analog zu den Flugplänen ist das Erstellen von Tarifen in einem bestimmten Umfang zweifellos eine Notwendigkeit aller Transportunternehmen mit regelmässigem Verkehrsangebot. Zur Belastung und damit zur echten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung wird aber die Tariffpflicht erst dort, "wo sie der Ausgestaltung der Tarife nicht mehr genügend Flexibilität

90 So auch speziell Art. 8 SR-Konzession.

lässt und ausserdem zu betriebswirtschaftlich nicht mehr zu begründenden Vergünstigungen führt".⁹¹ Wenn das für die Bahnen in grösster Masse zutreffen mag, so unzutreffend ist es für den Luftverkehr, für die SWISSAIR. "Betriebswirtschaftlich nicht mehr zu begründende Vergünstigungen" werden ihr durch Art. 9 SR-Konzession sicher nicht auferlegt, der sagt: "Das Eidgenössische Luftamt bestimmt, welche Personen zu herabgesetzten Tarifen zu befördern sind." Bezüglich der Flexibilität in der Ausgestaltung der Tarife im Luftverkehr ist die Tarifpflicht von LFV und SR-Konzession bedeutungslos. Die Tarifierung in Bahn- und Luftverkehr ist unvergleichbar, da hier ein ganz spezieller Mechanismus spielt.⁹² Die statuierte Tarifpflicht beschränkt sich auf einen Genehmigungsvorbehalt seitens der übergeordneten Behörde und stellt nur begrifflich eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung dar, wovon nicht auf den eigentlich erwarteten Inhalt geschlossen werden darf.

3. Die übrigen Verpflichtungen aus der Konzession

a) Meldepflicht

(Art. 30 LFG; Art. 110 LFV; Art. 11 SR-Konzession)

Die Bestimmung des LFG statuiert grundsätzlich: "Die Konzessionäre haben dem Eidgenössischen Luftamt die für die Ausübung der Aufsicht erforderlichen technischen und wirtschaftlichen Angaben zu liefern ..." Art. 110 LFV und Art. 11 SR-Konzession haben präzisierenden Charakter, wobei die SR-Konzession am ausführlichsten die Pflichten aufzählt, wie Mitteilung von Jahresbericht und Jahresrechnung, zusammengefasster Jahresvoranschlag, Protokolle der Generalversammlung etc.

⁹¹ Stamm, S. 15.

⁹² Vgl. vorne S. 35 ff. und hinten S. 114 ff.

Diese Meldepflicht ist natürliche Grundlage für die Ausübung der Aufsicht des Luftamtes (Art. 3 Abs. 2 LFG), und es ergeben sich daraus keine Probleme oder Besonderheiten.

b) Die Pflicht zur Aeufnung von Reserven (Art. 12 SR-Konzession)

Dieser Artikel verpflichtet die Konzessionärin, "vom Reingewinn 1/10 dem allgemeinen Reservefonds zuzuweisen, bis dieser die Hälfte des Aktienkapitals erreicht." Wenn auch die Aeufnung von Reserven im eigenen Interesse des privaten Unternehmens liegen dürfte, sieht von Eynern die Verpflichtung einer Unternehmung dazu als spezifische gemeinwirtschaftliche Bindung an.⁹³ Dies erscheint uns richtig, denn dadurch wird hoheitlich (in der Konzession) die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Unternehmens eingeschränkt. Diese Bestimmung kann also als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung mit entsprechender Belastung angesehen werden, wenn auch in begrenztem Umfang.

c) Die Zutrittsrechte der Aufsichtsorgane

(Art. 110 Abs. 1 LFV; Art. 15 SR-Konzession)

Ebenfalls eine natürliche Grundlage für die Ausübung der Aufsicht des Luftamtes (Art. 3 Abs. 2 LFG) stellt Art. 15 der SR-Konzession dar, der die SWISSAIR verpflichtet, "den Beamten der Aufsichtsbehörden zu dienstlichen Zwecken jederzeit freien Zutritt zu allen Anlagen und Luftfahrtzeugen zu gewähren". Sie hat "diesen Beamten alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, die für die Ausübung der betreffenden Aufsichtsfunktion notwendig sind".

93 von Eynern, S. 27.

4. Der Erwerb durch den Bund

(Art. 31 LFG; Art. 106 lit. i LFV; Art. 17 ff. SR-Konzession)

Die Regelung des Erwerbes der SWISSAIR durch den Bund basiert auf der Rechtstatsache, dass der Konzessionär mit dem Recht, im Rahmen der Konzession ein (Bundes-)Monopol zu nutzen, ein wohlerworbenes Recht erhält, das ihm nur über den Weg der Enteignung gegen Entschädigung wieder weggenommen werden darf.⁹⁴ Der Konzessionär verfügt über das Recht, das ihm der Staat überträgt, wie über Eigentum⁹⁵, unter Vorbehalt der Aufsichtsrechte der Konzessionsbehörden.⁹⁶

So bestimmt Art. 31 LFG: "Dem Bund steht das Recht zu, eine schweizerische Unternehmung, der eine allgemeine Betriebskonzession verliehen worden ist, unter den in der Konzession festgelegten Bedingungen zu erwerben (Abs. 1). Ueber die Höhe der Entschädigung entscheidet im Streitfalle das Bundesgericht" (Abs. 2)⁹⁷. Damit ist die Aufrechterhaltung des Linienverkehrs jederzeit gewährleistet. Die Voranzeigefrist seitens des Bundes von 12 Jahren⁹⁸ lässt darauf schliessen, dass der Rückkauf nicht als Massnahme zur Bewältigung einer momentanen wirtschaftlichen Krise der SWISSAIR gedacht sein kann, sondern dass er vielmehr die Folge einer grundsätzlichen Wandlung der nationalen Luftverkehrspolitik sein müsste, die das Heil des nationalen Linienverkehrs nur noch in einem Staatsbetrieb sähe. In dieser Entscheidung ist der Bund tatsächlich frei.⁹⁹ Die Realität dürfte allerdings so aussehen, dass der Bund die SWISSAIR, solange sie gut steht, wegen

94 Fleiner, Verwaltungsrecht, S. 151.

95 Derselbe, S. 153.

96 BGE 96 I 292.

97 = Art. 17 Abs. 1 lit. j SWISSAIR-Konzession.

98 Art. 17 Abs. 1 lit. a SR-Konzession; die Frist kann im Falle schwerer oder wiederholter Pflichtverletzung auf 3 Jahre reduziert werden (Art. 17 Abs. 4 SR-Konzession).

99 Siehe oben, S. 47 ff.

seiner begrenzten finanziellen Mittel und der vermutlichen politischen Opposition nicht würde erwerben können; wenn sie schlecht steht, müsste sie zunächst zwölf Jahre mit den sonst zur Verfügung stehenden Mitteln erhalten werden und alsbald dürfte dann namentlich bei den Privataktionären die Opposition gegen den Rückkauf auch nicht mehr gross sein.

In engem Zusammenhang mit der Problematik des Rückkaufs steht die Auseinandersetzung zwischen Luftamt und SWISSAIR, ob die Notwendigkeit der formellen Konzessionierung der SWISSAIR tatsächlich bestand. Nun, der Streit ist beigelegt, aber ohne bereits verheilte Wunden wieder aufzureissen, sei dieses Problem kurz dargestellt. Vorausgehend muss sicher befremden, dass diese Frage erst in den sechziger Jahren auftauchte und nicht einfach mit Erlass des LFG auf der Basis von Art. 7 LFG die SWISSAIR automatisch formell konzessioniert wurde. Die Meinungsverschiedenheit entstand dadurch, dass die SWISSAIR sich auch nach der Meinung des Verfassers auf den richtigen Standpunkt stellte,¹⁰⁰ ihre Legitimation zum Linienluftverkehr direkt aus dem gesetzlichen Auftrag von Art. 103 LFG ableiten zu können und einer formellen Konzession nicht zu bedürfen. Das Resultat der "Gutachten-Patt-Situation" führte dazu, dass schliesslich die SWISSAIR "zähneknirschend" am 19.12.1966 die Konzession erhielt, die am 1.1.1967 in Kraft trat.

Da im weiteren Art. 103 LFG eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft beauftragt, muss Art. 17 der SR-Konzession für den Fall des Rückkaufes (= Staatsbetrieb) die entsprechende Aenderung von Art. 103 LFG vorsehen.¹⁰¹

100 Wie Neff, S. 139 f.

101 Art. 17 Abs. 1 SWISSAIR-Konzession auf Verweis von Art. 31 Abs. 1 LFG.

V. DIE "KONTROLLSTELLE" IM GEMEINWIRTSCHAFTLICHEN SINN, DAS
BUNDESAMT. FUER ZIVILLUFTFAHRT

1. Begriff und Bedeutung dieser Kontrollstelle

Das Wort "Kontrollstelle" ist deshalb in Gänsefüßchen gesetzt, weil es nicht im aktienrechtlichen Sinne verstanden werden soll, sondern im gemeinwirtschaftlichen. Der Begriff stammt von von Eynern und wird von ihm wie folgt umschrieben: "Wenn für einen bestimmten Wirtschaftszweig eine intensivere, besondere Bindung eingeführt wird, setzt der Staat in aller Regel eine bestimmte Kontrollstelle ein, die für die Einhaltung der Bindung, ausserdem für ihre konkrete Gestaltung, verantwortlich ist, und der man deshalb eine gewisse Selbständigkeit gegenüber den anderen staatlichen Organen einräumt. Die Existenz einer solchen Kontrollstelle ist einer der wesentlichen Merkmale der 'gemeinwirtschaftlichen Bindung' von Unternehmen in unserem Sinne."¹⁰² Da wir oben festgestellt haben, dass sich die Ziele einer gemeinwirtschaftlichen Bindung auf einen bestimmten Wirtschaftszweig - hier den Luftverkehr - beziehen, sind die "Kontrollstellen" als Fachstellen organisiert.

Eine solche Kontrollstelle stellt das Bundesamt für Zivilluftfahrt dar, wie unschwer aus dem oben Angeführten gefolgert werden kann, namentlich in seiner Funktion als unmittelbare Aufsichtsbehörde. So stellen Konzession(-system)¹⁰³ und Kontrollstelle¹⁰⁴ die Hauptelemente der öffentlichen bzw. gemeinwirtschaftlichen Bindung dar, die die hoheitlichen Sondervorschriften¹⁰⁵, die ebenfalls ein Element dieser Bindung

102 von Eynern, S. 8; vorne S. 79 f., 107 ff.

103 Ders. S. 23.

104 Ders. S. 8.

105 Ders. S. 7.

im Sinne des "juristischen Fundamentes" bilden, statuieren. Wir können also grundsätzlich die Feststellung machen: Der schweizerische Linienluftverkehr ist gemeinwirtschaftlich gebunden auf der Basis hoheitlicher Sondervorschriften von LFG, LFV und anderen Erlassen des schweizerischen Luftrechtes,¹⁰⁶ institutionalisiert durch Konzession und Kontrollstelle.¹⁰⁷

2. Die "Kontrollstelle" und der Staat

Dieses Verhältnis beschreibt von Eynern sehr treffend folgendermassen: "Weit verbreitet ist der Wunsch, jede Verwaltungsstelle solle ihre Entscheidungen objektiv aufgrund der sachlichen Gegebenheiten fällen; weder parteipolitische noch privatwirtschaftliche Interessen sollten einen unsachlichen Einfluss ausüben. Zugleich wird speziell von den Kontrollstellen verlangt, dass sie ihre Entscheidungen rasch fällen, wie es im Geschäftsleben üblich ist: unbürokratisch und nicht formal-juristisch. Das Ideal ist deshalb eine Kontrollstelle, die selbständig und unabhängig arbeitet. Aber dieses Ideal ist ein Idol. Unabhängigkeit schlechthin gibt es nicht. Denn die Kontrollstellen arbeiten im Spannungsfeld politischer Entscheidungen. Sie sollen einen vernünftigen Kompromiss zwischen den Interessen der verschiedenen Erzeugergruppen suchen, z.B. zwischen Schiene und Strasse, zentralen und kommunalen Kraftwerken und Stromverteilern. Sie sollen das 'Gemeinwohl' vertreten und zugleich die Rechte der Eigentümer möglichst intakt lassen. Sie sollen die Erfordernisse der Gegenwart mit den Wünschen für die Zukunft ausgleichen. Sie sollen, mit anderen Worten, einen Teil des öffentlichen Lebens gestalten. Da nicht nur die technischen und wirtschaftlichen Umstände, sondern auch die politischen Verhältnisse wandelbar sind,

106 Sammlung im Anhang.

107 Auf der Basis der von uns zugrundegelegten und für zutreffend befundenen Theorie von von Eynern.

bildet die Arbeit der öffentlichen bindenden Kontrollstellen einen Teil der Staatstätigkeit. Die Kontrollstelle kann deshalb nicht autonom neben dem Staate stehen."¹⁰⁸ Insofern bilden "Kontrollstelle" und Staat eine Einheit. Doch sollte diese Einheit nicht als Front gegen die Kontrollierten betrachtet werden. Denn die Kontrollstelle wird ihrerseits auch vom Kontrollierten und dessen Verhältnissen beeinflusst.

3. Das Verhältnis der Kontrollstelle zum Kontrollierten

Auf diese letzte Feststellung kann die Umschreibung des Berichtes zur schweizerischen Luftfahrtspolitik direkt anschliessen. Danach erscheinen die Beziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigtem aufgrund ihrer rechtlichen Ausgestaltung weitgehend als Subordinationsverhältnis. Die Praxis sieht aber anders aus. Auf Gegenseitigkeit beruhende Loyalität und Verständnis prägen das Verhältnis der gegenseitigen Ergänzung und des gegenseitigen Vertrauens. Das schliesst aber nicht aus, "dass Unverständigen und Uneinsichtigen gegenüber die verfügbaren staatlichen Machtmittel angewandt werden, wenn die der Aufsichtsbehörde obliegenden Pflichten ausnahmsweise nur auf dieser Grundlage richtig erfüllt werden können".¹⁰⁹ - "Zwischen der Aufsichtsbehörde und den Beaufsichtigten sollen Zusammenarbeit und gegenseitiges Vertrauen angestrebt werden."¹¹⁰ Dabei geraten nach von Eyern die Manager der gebundenen Unternehmen in eine besondere Situation. Ihre Interessen sind vielfältiger Natur. Vor allem dürften sie es als grundsätzlich ungehörig empfinden, wenn eine Kontrollstelle von aussen in ihren Machtbereich hineinwirkt, ohne auch ein Stück Verantwortung zu übernehmen. Da die geschäftlichen Dispositionen der Unternehmen weitgehend auf Zukunftserwartungen beruhen und deshalb unvermeidlich spekulative Elemente enthalten, müssen allfällige bürokratische

108 von Eyern, S. 33.

109 LFPO 80, S. 24.

110 Ebenda, S. 26.

Reglementierungen als störend empfunden werden. Während es nun aber sicher unter Umständen auch das soziale Prestige eines Unternehmens schwächen kann, wenn es gebunden ist, wird sich ein anderer Manager darüber glücklich schätzen, zu so einem Wirtschaftszweig zu gehören. Führt nämlich die Bindung zu einer eigentlichen allgemeinen "Ordnung" des betreffenden Wirtschaftszweiges, werden sich die Unternehmen häufig rasch mit ihr befreunden, denn je mehr die Kontrolle den Charakter eines Kartells hat, je mehr ist die Position des Unternehmens im Bindungssystem gesichert. Art. 103 LFG verschafft der SWISS-AIR nur im Inland und nur bezüglich des Zugangs eine Monopol-Zugangs zum Linienluftverkehr auf internationaler Ebene, auf den Linien "im allgemeinen Interesse" eine faktische Monopolstellung. Wird sie gefährdet, lassen die entsprechenden Massnahmen in der Regel nicht lange auf sich warten. Beispiel: Der Direktionspräsident der SWISSAIR wurde folgendes gefragt:¹¹¹ "Das schweizerische Luftfahrtgesetz [Art. 103] verlangt die Konzentration der Kräfte auf ein einziges nationales Unternehmen. Wie lange können Sie der rasanten Entwicklung der Zubringergesellschaft Crossair noch zusehen?" Antwort: "Wir haben Verständnis für die Notwendigkeit des Regionalverkehrs, wenn er dem Verkehr der Liniengesellschaften ergänzend befruchtet. Wir haben kein Verständnis für die Entwicklung des Regionalverkehrs, wenn er, um wirtschaftlich tragbar zu sein, die Liniengesellschaften auf Parallellinien konkurrenziert. Und damit haben sie auch die Beantwortung ihrer Frage: In dem Moment, in dem die Crossair beginnt, uns auf angestammten Linien Verkehr wegzunehmen, können wir nicht mehr zusehen." Tatsächlich hat sich die SWISSAIR bereits zu diesem Zeitpunkt bei der Kontrollstelle auf Art. 103 LFG berufen. Sobald also eine Linie eines Konkurrenzunternehmens zu florieren beginnt, heisst das eben auch nichts anderes, als dass sie im allgemeinen Interesse im Sinne von Art. 103 LFG zu liegen scheint. Dann ist sie aber der SWISSAIR vorbehalten.

¹¹¹ Tages-Anzeiger vom 19. März 1981, S. 50.

4. Die Funktion des Bundesamtes für Zivilluftfahrt

a) Der Grundsatz der mittelbaren Bundesaufsicht nach Art. 3 des Luftfahrtgesetzes

Analog zur Klärung des Begriffes der "Gesetzgebung" in Art. 37^{ter} BV¹¹² bedarf der Begriff der Aufsicht, wie er namentlich heute in Art. 3 LFG verwendet wird, der Klärung.

Den eigentlichen schweizerischen luftrechtlichen Grunderlass stellt der Bundesratsbeschluss vom 27. Januar 1920 betreffend die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz dar. Im dortigen Art. 4 Abs. 1 wird bestimmt: "Die Aufsicht über den Luftverkehr und das gesamte Luftwesen wird vom Bundesrat ausgeübt." In Abs. 3 des gleichen Artikels wird sodann der Bundesrat ermächtigt, zusätzlich eine besondere Aufsichtsbehörde einzusetzen. Aufgrund dieser Ermächtigung ist durch Bundesratsbeschluss vom 1. April 1920 das eidgenössische Luftamt als Abteilung des Post- und Eisenbahndepartementes geschaffen worden. Der Begriff der "Aufsicht" in Art. 4 Abs. 1 des zitierten Bundesratsbeschlusses, nach dem der Bundesrat seine Aufgabe wahrnimmt, ist nun von Bundesrat Celio, dem damaligen Vorsteher dieses Departementes, wie folgt ausgelegt worden: "Unter 'Aufsicht' wurde nun von Anfang an nicht bloss die polizeiliche Regelung der Luftfahrt verstanden. Man begnügte sich nicht damit, die Vorschriften zu erlassen, durch welche die öffentlichen und privaten Interessen vor den Gefährdungen und Störungen durch die Luftfahrt geschützt werden sollen. Man bemühte sich darüber hinaus, die Entwicklung der Luftfahrt so zu lenken, dass ein möglichst grosser Nutzen für die Allgemeinheit erwartet werden durfte."¹¹³ Dass heute wie damals "Aufsicht" Marktregulierung bedeutete und dass dies eine

112 Siehe vorn S. 47 ff.

113 Celio, Exposé, S. 6.

Kompetenz des entsprechenden Departementes des Bundesrates darstellt, finden wir im heutigen LFG bestätigt. Art. 28 Abs. 1 statuiert: "Die Konzession wird durch das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement verliehen." Das Konzessionsgesuch ist zwar gemäss Art. 28 Abs. 2 dem eidgenössischen Luftamt einzureichen mit den in der Vollziehungsverordnung vorgeschriebenen Nachweisen und Beilagen, aber zu richten ist es nach Art. 104 Abs. 1 LFV an das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement, das nach Art. 105 Abs. 1 LFV über die Gutheissung oder Verweigerung entscheidet, und nicht das Luftamt. Namentlich der Entscheid über das Genügen der Kapital- und Beteiligungsbasis¹¹⁴, über das Bedürfnis für den Betrieb¹¹⁵ und die allfälligen Einsprüche von Regierungen interessierter Kantone und anderer öffentlicher Transportunternehmen¹¹⁶ obliegt allein dem EVED. Wir kommen also zum Schluss, dass die grossen, grundsätzlichen luftverkehrspolitischen Entscheide auf höherer Ebene gefällt worden sind und fallen als derjenige des Luftamtes. Dennoch kommt ihm zweifellos innerhalb eines diesbezüglichen Willensbildungsprozesses eine grosse Bedeutung zu, da es dem tatsächlichen Geschehen am nächsten steht und so die Grundlagen zuhanden der vorgesetzten Stelle erarbeiten kann.

Worin besteht nun also die "unmittelbare Aufsicht" des Luftamtes, und muss aufgrund dieser Erkenntnisse die Natur des Luftamtes als einer Kontrollstelle im Sinne der gemeinwirtschaftlichen Bindung wieder angezweifelt werden?

Primäre Aufsichtstätigkeit übt das Luftamt auf technischem, polizeilichem Gebiet aus.¹¹⁷ Der Begriff der "unmittelbaren Aufsicht"¹¹⁸ ist anders auszulegen. Er beinhaltet "nur" vom

114 Art. 105 Abs. 3 lit. c LFV.

115 Art. 105 Abs. 4 lit. a LFV.

116 Ebenda lit. b.

117 Vgl. hinten die Organisation des Luftamtes.

118 Art. 3 Abs. 2 LFG.

Departement bereits determinierte Entscheidungen. Die marktregulierenden Grundsatzentscheide bezüglich des konzessionspflichtigen gewerbsmässigen Linienverkehrs sind dem EVED vorbehalten gewesen. Der Nichtlinienbereich aber unterliegt der Bewilligung des Luftamtes (Art. 33 LFG; Art. 114 LFV). In seiner Bewilligungspraxis ist das Luftamt aber keineswegs frei. Es hat der Priorität des Linienverkehrs und den daraus fliessenden Bedürfnissen Rechnung zu tragen. "Die Priorität des Linienverkehrs sollte aus allgemein volkswirtschaftlichen Gründen bestätigt werden"; so heisst es auch im Bericht zur schweizerischen Luftfahrtpolitik 1980.¹¹⁹ Was jetzt die Funktion der Kontrollstelle im Sinne der gemeinwirtschaftlichen Bindung angeht, kommen wir zu folgendem Schluss:

Die Funktion ist geteilt. Die Zugangsregelung zum Linienverkehr obliegt dem EVED; das Luftamt wacht im wesentlichen über die Einhaltung der entsprechenden Vorschriften, daneben finden sich zahlreiche Genehmigungsvorbehalte zugunsten des Luftamtes vor allem in der LFV und der SWISSAIR-Konzession,¹²⁰ was eine gewisse Selbständigkeit des Luftamtes beründet im Vollzug der Bestimmungen von LFG, LFV und SWISSAIR-Konzession. Die Gebundenheit des Handelns des Luftamtes an übergeordnete Leitbilder und die daraus resultierenden Vorschriften der vorgesetzten Behörde tut der Feststellung, dass es sich um eine Kontrollstelle im Sinne der gemeinwirtschaftlichen Bindung handelt, keinen Abbruch. Der Begründer dieser Lehre, von Eyern, stellte selber fest, dass man dieser Kontrollstelle nur "eine gewisse" Selbständigkeit gegenüber den anderen staatlichen Organen einräumt¹²¹, resp. einräumen kann, denn es "bildet die Arbeit der öffentlich bindenden Kontrollstellen einen Teil der Staatstätigkeit".¹²² - "Die Kontroll-

119 LFPO 80, S. 43.

120 Siehe vorn S. 92 ff.

121 von Eyern, S. 8.

122 Ders. S. 33, vorn S. 108.

stelle kann ... nicht autonom neben dem Staate stehen"¹²³, aber "die Existenz einer solchen"¹²⁴ Kontrollstelle ist eines der wesentlichen Merkmale der 'gemeinwirtschaftlichen Bindung' von Unternehmen in unserem Sinne".¹²⁵

b) Die Rechtsnatur der Tarifoheit des Bundes und die abgeleiteten Kompetenzen des Bundesamtes für Zivilluftfahrt als Tarifbehörde im Linienluftverkehr¹²⁶ (Art. 30 LFG)

Auf einen kleinen Nenner gebracht handelt es sich bei der Tariffestsetzung im Luftverkehr um eine staatsvertraglich geregelte Tariffestsetzung in der privaten Organisation IATA, die von den Regierungen unter Genehmigungsvorbehalt an deren als Mitglieder der IATA fungierenden nationalen Luftverkehrsunternehmungen delegiert sind. Verschiedene Faktoren dieses Mechanismus bedürfen aber eingehender Betrachtung.

Zunächst ist die Frage zu behandeln, wie sich diese Einschränkung in der freien Preisbildung mit einer vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beherrschten Wirtschaftsordnung verträgt. Zweifellos stellt jede staatliche Preiskontrolle einen künstlichen Eingriff in das System der freien Marktwirtschaft dar, sie bedeutet eine "Störung des Spiels eines freien Wettbewerbes, der in unserer westlichen Welt immer noch als die das Getriebe der Wirtschaft am wirksamsten fördernde Triebkraft bewertet wird".¹²⁷ Es gibt nun aber Bereiche, wo die Verhältnisse in einem anderen Licht gesehen werden müssen, nämlich im Bereich der Preiskontrolle, wie sie einer Behörde unter dem Titel der Tarifoheit zusteht. Diese

¹²³ von Eynern, S. 33.

¹²⁴ Gemeint ist eine Kontrollstelle, die die Voraussetzungen nach von Eynern erfüllt; bejaht vorne S. 73 ff.

¹²⁵ von Eynern, S. 8.

¹²⁶ Vgl. Schweickhardt, Die Rechte und Befugnisse, S. 18 ff.

¹²⁷ Ders. S. 19.

Kontrolle bewertet Schweickhardt folgendermassen: "Diese letztere Art von Preiskontrolle bedeutet nicht einen Eingriff in einen dem staatlichen Einfluss entzogenen Bereich rein privater Wirtschaftstätigkeit, sondern die Ausübung eines autonomen staatlichen Rechts im Rahmen eines dem Staat vorbehaltenen Monopols. Die in Art. 30 LFG verankerte Tarifhoheit des Bundes ist nichts anderes als ein Ausfluss des dem Bund zustehenden Luftverkehrsmonopols und seiner daraus abzuleitenden Konzessionshoheit über den regelmässigen Luftverkehr. Tarifbildung unter diesem Titel bedeutet in erster Linie Ausübung staatlicher Hoheitsmacht, während Preiskontrolle unter den anderen Titeln¹²⁸ sich in erster Linie als Erfüllung einer staatlichen Pflicht, einer dem modernen Wohlfahrtsstaat überbundenen Aufgabe darstellt."¹²⁹

Wie nimmt nun aber die Behörde diese Tarifhoheit konkret wahr? Wie anfänglich schon kurz angedeutet, tut sie das nicht direkt durch Preisfestsetzung, durch Preisdiktat, wozu sie allerdings aufgrund ihrer hoheitlichen Stellung befugt wäre, sondern in direkt über einen Genehmigungsvorbehalt. Ein Tarif-, resp. Preisdiktat könnte sie wohl vor ihrem rechtsstaatlichen Gewissen nicht verantworten. Sie hält sich bei ihrer Tarifkontrolle an den in Art. 33 BV für die Posttarife aufgestellten Grundsatz, nämlich die Tarife nach gleichen, möglichst billigen Grundsätzen zu bestimmen, "d.h. nicht übersetzt hoch in missbräuchlicher Ausbeutung des Monopols, aber auch nicht unwirtschaftlich niedrig, sondern sie [sind] so festzusetzen, dass bei vernünftiger Auslastung sie die Betriebskosten zu

128 Schweickhardt versteht unter "den anderen Titeln" Schranken bzw. Ausnahmen des Prinzips der Handels- und Gewerbefreiheit, die als polizeiliche Schranken dieses Verfassungsrechtes dessen Substanz überhaupt nicht berühren oder als wirtschaftspolitisch begründete Ausnahmen in ihrer rechtlichen Wirksamkeit an die enge gesetzliche Zweckumschreibung gebunden sind; Schweickhardt, S. 20.

129 Zur "Verpflichtung zur Eigenwirtschaftlichkeit" vgl. vorne S. 90.

decken und einen angemessenen Gewinn abzuwerfen vermögen. Sie wird dabei von der Ueberlegung ausgehen, dass ein der Volkswirtschaft und dem Landesinteresse dienender Luftverkehrsbetrieb sich nur auf einer gesunden wirtschaftlichen Basis aufbauen und entfalten lässt."¹³⁰ Unter diesen Umständen muss sich eine Delegation der Aufgabe der Tariffestsetzung geradezu aufdrängen, nicht zuletzt weil der Konzessionär sich bei seinem Entschluss, den konzedierten Betrieb auf sein Risiko zu betreiben und für diesen Zweck auch namhafte Investitionen aufzuwenden, selbstverständlich von betriebswirtschaftlichen Ueberlegungen leiten lässt und nie jeder Unternehmer davon ausgeht, dass ihm der Betrieb einen angemessenen Gewinn abwirft. Daneben dürfte die Konzessionärin, die "näher am Geschehen" tätig ist, über die fundierteren Kenntnisse, die grössere Erfahrung und die besseren kalkulatorischen Grundlagen verfügen. Die betriebswirtschaftlichen Ueberlegungen der Konzessionärin dürfen nur die anderen Ueberlegungen nicht ausschliessen, nämlich dass sie ihre Kräfte in den Dienst eines dem Gemeinwohl verpflichteten Unternehmens gestellt hat und stellt und dass deshalb von ihr erwartet werden muss, dass sie ihre Dienste der Allgemeinheit dennoch möglichst günstig und regelmässig anbietet. Mit anderen Worten wird die Tarifbehörde einem unbilligen, d.h. unverhältnismässig hohen oder unverhältnismässig niedrigen Tarif die Genehmigung versagen dürfen und auch müssen.

Soweit es sich um Tarife handelt über Flugreisen nach Ländern, mit denen die Schweiz ein Luftverkehrsabkommen abgeschlossen hat, ist dem Luftamt dieser Weg aufgrund staatsvertraglicher Vereinbarung auch rechtlich vorgeschrieben, denn all diese Abkommen enthalten Bestimmungen über die Tariffestsetzung, wobei regelmässig die Tarifierung an die beteiligten LVG

¹³⁰ Schweickhardt, S. 25.

delegiert wird unter nachmaligem Genehmigungsvorbehalt der Luftverkehrsbehörde, resp. der entsprechenden Regierung. Weitaus die Mehrzahl dieser Abkommen sieht aber vor, dass die entsprechenden Verhandlungen über die Tarife im Schosse der IATA-Verkehrskonferenzen stattfinden sollten¹³¹ nach den dort gültigen Regeln und dass die dort (einstimmig) beschlossenen Tarife den Luftverkehrsbehörden bzw. Regierungen zur Genehmigung vorgelegt werden. Damit stellt die IATA also die äussere Organisation zur Verfügung, innerhalb derer die beteiligten LVG die Tarife im Linienverkehr aushandeln.

Jetzt können wir auch die Antwort geben, ob die Tarifierung, wie wir sie oben dargestellt haben, eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung mit entsprechender gemeinwirtschaftlicher Leistung bewirkt. Wir haben es vorne abgelehnt¹³², in der Tarifpflicht, wie sie LFG, LFV und SWISSAIR-Konzession statuiert, solches zu erkennen. Dies ist auch nach dem hier Erarbeiteten der Fall.

Wir haben vorher festgestellt¹³², dass die Tarifpflicht erst dort zur Belastung¹³³ und damit zur echten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung wird, wo sie der Ausgestaltung der Tarife nicht mehr genügend Flexibilität lässt und ausserdem zu betriebswirtschaftlich nicht mehr zu begründenden Vergünstigungen führt. Beides kann auf die SWISSAIR nicht zutreffen. Die Komplexität der Tarifierung im Linienluftverkehr veranlasst uns aber, diesen Bereich als Verpflichtung sui generis einzustufen, wobei der Genehmigungsvorbehalt der Kontrollstelle in der Regel einer entsprechenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entspringen dürfte. Jedenfalls ist die notwendige Flexibilität der Preisgestaltung der SWISSAIR gewährt.

131 Siehe vorn S. 35 ff.

132 S. 102 f.

133 Definition im gemeinwirtschaftlichen Sinn siehe vorn, S. 64 ff.

c) Zuständigkeit, Voraussetzungen und Verfahren der Konzessionierung

Zuständig für die Verleihung einer Konzession ist das EVED (Art. 104 Abs. 1 LFV). Konzessionspflichtig ist der Linienverkehr, nach der Definition von Art. 101 Abs. 2, unter dem relativierenden Vorbehalt von Abs. 3: Danach besteht die Konzessionspflicht, wenn

- das Angebot durch einen Flugplan oder auf andere Weise öffentlich bekannt gemacht wird (Öffentlichkeit);
- die Flüge von jedermann benützt werden können (Zugänglichkeit);
- die Flüge über längere Zeit in gleichmässigen oder kurzen Abständen zwischen zwei oder mehreren Verkehrsgebieten wiederholt werden (Häufigkeit und Regelmässigkeit); im Frachtverkehr gilt die ganze Schweiz als ein Verkehrsgebiet.

Die schweizerische Unternehmung, die diese Beförderung gewerbsmässig¹³⁴ betreibt, muss nach Art. 102 LFV

- in der Schweiz im Handelsregister eingetragen sein;
- es muss in der Schweiz eine eigene Organisation vorhanden sein, die einen sicheren und ordnungsgemässen Betrieb gewährleistet;
- es muss ein vom Eidgenössischen Luftamt genehmigtes Betriebsreglement vorliegen, das insbesondere die Flugsbetriebs- und Unterhaltsorganisation regelt.
- Es müssen Flugbesatzungen mit den notwendigen Ausweisen zur Verfügung stehen;
- es muss das in der Schweiz beschäftigte Personal grundsätzlich die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen (Ausnahme zweiter Satz);
- es müssen Luftfahrzeuge verwendet werden, die die vor-

134 Definition siehe Art. 100 LFV.

geschriebenen Mindestanforderungen erfüllen, im schweizerischen Luftfahrzeugregister eingetragen sind und im Eigentum des Bewerbers stehen;¹³⁵

- auf dem schweizerischen Flugplatz, der als Standort des Flugbetriebes vorgesehen ist, die notwendigen Benützungsbefugnisse nachgewiesen werden.¹³⁶

Das Konzessionsgesuch an das EVED muss weiter folgende Angaben und Unterlagen umfassen: Für eine Betriebskonzession für einzelne Linien eines schweizerischen Unternehmens, Firma und Sitz des Unternehmens, Name und Wohnsitz der zur Vertretung berechtigten Personen, Kapitalnachweis des Unternehmens und Nachweis der schweizerischen Beteiligung¹³⁷, den Linienplan, die Besatzungen und Luftfahrzeuge, die Betriebsorganisation, Flugpläne, Tarife und Beförderungsbedingungen, die

135 In diese Regelung scheint sich ein materielles redaktionelles Versehen eingeschlichen zu haben. Art. 5 LFV bestimmt: "Luftfahrzeuge im Eigentum von Handelsgesellschaften und Genossenschaften, die gewerbmässig Personen oder Sachen mit Luftfahrzeugen befördern, werden im Luftfahrzeugregister nur eingetragen,

a) wenn der Nachweis erbracht wird, dass mindestens zwei Drittel des Kapitals der Handelsgesellschaft oder Genossenschaft im Eigentum von Schweizern oder schweizerischen Handelsgesellschaften oder Genossenschaften stehen, welche die Voraussetzungen dieses Artikels erfüllen".

Dieser Satzteil verursacht wohl nichtgewollte Verwirrung. Er bedeutet nichts anderes, als dass auch die Beteiligungs-Handelsgesellschaften und -Genossenschaften die Voraussetzungen dieses Artikels erfüllen müssen. Als solche statuiert nun aber Art. 5 Abs. 1 lit. b und c:

"b. wenn die Verwaltung und die Geschäftsleitung je zu mindestens zwei Dritteln aus Schweizern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen;

c. wenn die Handelsgesellschaft oder Genossenschaft auch nicht in anderer Weise massgeblich durch ausländische Interessen beeinflusst wird" und Abs. 2: "Bei Aktiengesellschaften müssen zudem zwei Drittel des Aktienkapitals aus Namenaktien bestehen und schweizerisches Eigentum sein". So würde vermutlich bei einer Überprüfung der Verhältnisse nach dem Wortlaut dieses Art. 5 LFV ein in diesem Sinne "ungesetzlicher Zustand" an den Tag kommen.

136 Ausnahmen in Abs. 2 und 3.

137 Vgl. Art. 5 LFV.

Statuten, den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit¹³⁸, den Ausweis über die Eintragung im Handelsregister und zusätzlich für die allgemeine Betriebskonzession die Grundlagen der Personalfürsorge.¹³⁹ Das EVED berücksichtigt bei seinem Entscheid das öffentliche Interesse und hört die Regierungen der interessierten Kantone und die öffentlichen Transportunternehmen an.¹⁴⁰

Bedeutungsvoll sind die Verweigerungsgründe. Zunächst erscheint die Nichterfüllung der Voraussetzungen von Art. 102 und 103 LFV als Verweigerungsgrund. Ebenfalls leicht verständlich ist die Berücksichtigung der Interessen der Landesverteidigung.¹⁴¹ Bemerkenswert sind die Verweigerungsgründe von Art. 105 Abs. 3 lit. c und Abs. 4 lit. a und b LFV. Nach Art. 105 Abs. 3 lit. c LFV wird die Konzession verweigert, wenn "die finanziellen Grundlagen im Sinne von Artikel 104 Ziffer 1 Buchstabe c offensichtlich ungenügend sind". Angesprochen ist der Kapitalnachweis des Unternehmens und der Nachweis der schweizerischen Beteiligung. Beide Voraussetzungen, die zu erfüllen sind, bedeuten einen Eingriff in die privatwirtschaftliche Gestaltungsfreiheit der Unternehmung, wie dies namentlich Art. 103 LFG in grossem Ausmass tut. Es steht aber dem Bund selbstverständlich zu, von Art. 620 ff. OR abweichende Vorschriften in seiner Spezialgesetzgebung¹⁴² aufzustellen.¹⁴³ Im Gegensatz zur Aufsicht an sich, der eine Unternehmung kraft Konzessionsvertrages unterstellt ist,¹⁴⁴ ist diese Bestimmung von Art. 105 LFV in die Reihe der Bestimmungen einzugliedern, die geeignet sind, die privatwirtschaft-

138 Vgl. hinten S. 132 ff. für das deutsche Recht.

139 Siehe Art. 104 LFV.

140 Art. 105 Abs. 1 und 2 LFV.

141 Art. 105 Abs. 3 lit. b LFV.

142 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, S. 1148; Schürmann, S. 169a.

143 In der Folge verweisen Bürgi/Nordmann ausdrücklich auch auf Art. 103 2. Satz LFG, der einen Statutengenehmigungsvorbehalt seitens des Bundes gegenüber der SWISSAIR enthält; S. 1148 f.

144 Vgl. Schürmann, S. 171a.

liche Autonomie von aussen zu berühren.¹⁴⁵ Das Bundesamt für Zivilluftfahrt behält sich vor, darüber zu entscheiden, ob die Kapitalbasis einer ersuchenden Unternehmung nicht "offensichtlich ungenügend" ist.¹⁴⁶ Diese Autonomiebeschränkung der Bundesspezialgesetzgebung geschieht notwendigerweise aus übergeordneten öffentlichen Interessen. Das Befliegen von Luftlinien hat den Charakter öffentlichen Verkehrs.¹⁴⁷ Um eine Garantie namentlich für die Häufigkeit und vor allem die Regelmässigkeit zu haben, muss der Bund eine solide Kapitalbasis der Unternehmung verlangen, damit die Gefahr konjunkturbedingter Betriebsunterbrüche abgewendet werden kann. Die Betriebspflicht (Art. 108 LFV)¹⁴⁸ wird gewissermassen dadurch auf eine solide Kapitalbasis gestellt.

Ein nächster Verweigerungsgrund ist das Fehlen eines ausreichenden Bedürfnisses für den Betrieb. Diesen Grund wollen wir ausschliesslich und ausführlich im Abschnitt "Zulassung zum Linienverkehr" vergleichend behandeln.¹⁴⁹

Den dritten Grund stellt der Einspruch der Regierung eines interessierten Kantons oder eines interessierten öffentlichen Transportunternehmens dar. Hierbei wird die Konzessionsbehörde föderalistischen Interessen wahrscheinlich am ehesten Rechnung tragen können. Daneben, vor allem was die anderen öffentlichen Transportunternehmen angeht, werden die Richtlinien der Gesamtkonzeption zu berücksichtigen sein.

145 Im Gegensatz zur Selbstbeschränkung der Autonomie auf der Basis von Art. 762 OR durch Generalversammlungsbeschluss.

146 Art. 105 Abs. 3 lit. c LFV in Verbindung mit Art. 105 Ziff. 1 lit. c LFV.

147 Durch die Merkmale Öffentlichkeit, Zugänglichkeit für jedermann, Häufigkeit und Regelmässigkeit. Art. 101 Abs. 2 lit. a-c LFV.

148 Vgl. vorne S. 92 ff.

149 Vgl. hinten S. 122 ff.

d) Die Organisation des Luftamtes

Die behördliche Aufsicht über den Luftverkehr zeichnet sich aus durch ihre Komplexität in der Organisation - es gibt nur ein Amt - und durch die klare Gliederung innerhalb dieses Amtes. Aus dem nachstehenden Organigramm (S. 123) wird deutlich, dass die primäre Aufsichtstätigkeit technischer bzw. polizeilicher Natur ist. Die für die vorliegende Arbeit bedeutsame Tätigkeit geschieht in der Abteilung Luftverkehr, vor allem in der Unterabteilung gewerbsmässige Luftfahrt und internationale Beziehungen. Natürlich ist der kleine Raum, den die nicht technische Aufsicht im Organigramm einnimmt, nicht präjudizierend für die Tragweite der Entscheidungen, die dort gefällt werden, aber das Uebergewicht der technischen Aufsicht ist offensichtlich.

VI. DER ZUGANG ZUM LINIENLUFTVERKEHR NACH IN- UND AUSLÄNDISCHEM LUFTRECHT

1. Der Zugang nach schweizerischem Luftrecht

Die wichtigste Schranke für den Zugang zum Linienverkehr im schweizerischen Luftrecht stellt Art. 103 LFG dar. Er lautet: "Die internen, kontinentalen und interkontinentalen Linienverbindungen, deren Führung vom Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement als im allgemeinen Interesse liegend erklärt wird, werden von einer gemischtwirtschaftlichen schweizerischen Luftverkehrsgesellschaft betrieben ..." Dieser Artikel ist die rechtliche Folge der luftverkehrspolitischen Grundsatzentscheide der vierziger Jahre.¹⁵⁰ Das Schlagwort war die "Konzentration der Kräfte"

¹⁵⁰ Siehe vorn S. 81 ff.



auf eine nationale Liniengesellschaft, die SWISSAIR wurde "chosen instrument". Das heisst, Art. 103 LFG räumt der SWISSAIR hinsichtlich der Beteiligung schweizerischer Unternehmen bewusst eine Monopolstellung ein. Man ist versucht, LFG und LFV als "Masskleider" für die SWISSAIR zu bezeichnen. Dazu ist folgendes zu bemerken: Die Feststellung des Monopols bedarf zunächst der Relativierung. Monopolisierung bedeutet gemeinhin Konkurrenzausschaltung. Dies gilt höchstens für den Zugang zum Linienverkehr in der Schweiz und auch das in abgeschwächter Form, da inzwischen die "Crossair" einen Linienbetrieb führt. Auf ihren ihr vorbehaltenen Linien ist die SWISSAIR ferner alles andere als konkurrenzlos! Ebenfalls fehlt das für Monopole typische Preisgebaren. Es ist also angebracht, den Begriff des Monopols vorsichtig zu verwenden. Richtig ist, dass die SWISSAIR eine privilegierte Sonderstellung im Sinne eines "chosen instrument" einnimmt. Dabei darf nicht ausser acht gelassen werden, dass mit dieser Stellung nicht etwa nur Rechte, sondern auch grosse Pflichten verbunden sind. Was das "Masskleid" angeht, ist zu sagen, dass es völlig richtig, um nicht zu sagen selbstverständlich war, bei der Legiferierung die aktuellen Verhältnisse zu berücksichtigen und auf ihnen aufzubauen. Zur Zeit der Gesetzeslesung existierten faktisch nur die SWISSAIR und die Alpar. Die Privilegierung der SWISSAIR war keine Folge einer Politik von Lobbyisten, sondern eine kluge luftverkehrspolitische Entscheidung, die den Kräften der Gegenwart und den Aussichten der Zukunft auf sachlicher Basis Rechnung trug. Namentlich die ökonomische Basis wäre für eine Mehrzahl von Liniengesellschaften nicht vorhanden gewesen, und da der Bund an einem "Subventionsabenteuer" nicht interessiert sein konnte, das schliesslich auf den Schultern des Steuerzahlers ausgetragen worden wäre, geschah diese Entwicklung in Übereinstimmung mit den öffentlichen Interessen.

Auf einen kleinen Nenner gebracht, präsentiert sich die schweizerische Lösung wie folgt: Der "Linienluftverkehrskuchen" in der Schweiz ist für eine Vielzahl von Unternehmungen einfach zu klein. Man hat sich leiten lassen von der absolut legitimen und richtigen Ueberlegung im Rahmen unserer schweizerischen Wirtschaftsphilosophie, lieber eine einzige gesunde Unternehmung zu haben als viele kranke.

Diesen übergeordneten Leitbildern, Priorität des Linienverkehrs, innerhalb dessen Privilegierung der SWISSAIR, folgte das schweizerische Luftrecht in der Vergangenheit, und es sind keine Anzeichen sichtbar, die eine Abkehr von diesem Weg andeuten.¹⁵¹ Die Konzessionierung im Linienverkehr hat marktregulierende Funktion, und der Praktizierung dieser Funktion kommt die Rechtstatsache entgegen, dass der Konzessionsgesuchsteller keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Konzession hat. Der Linienverkehr ist durch das Konzessionssystem der Gewerbefreiheit entzogen. Dem steht höchstens das Willkürverbot von Art. 4 BV entgegen.¹⁵²

2. Der Zugang nach ausländischem Luftrecht: gemeinsame Vorbemerkungen

Bei der vergleichenden Heranziehung der ausländischen Verhältnisse müssen wir die von der schweizerischen verschiedene Marktsituation in Rechnung stellen.

- Alle drei Länder, Deutschland, Frankreich und die USA kennen im Gegensatz zur Schweiz einen bedeutenden Inlandverkehr.
- Der "Luftverkehrskuchen" ist vergleichsweise erheblich grösser als der schweizerische und schafft automatisch eine Existenzgrundlage für mehrere Unternehmungen, vor

¹⁵¹ Vgl. Neff, a.a.O.; LFPO 80, speziell S. 42 ff.

¹⁵² Vgl. theoretische Ueberlegungen bei Giacometti, S. 299 f.

allem im Nichtlinienbereich. Die staatlichen Interessen konzentrieren sich aber auch in diesen Ländern auf den Linienbereich, wo wir ähnliche Konzentrationserscheinungen beobachten können wie in der Schweiz. Im Gegensatz zum konzessionspflichtigen Linienverkehr bedarf der Nichtlinienverkehr lediglich der Bewilligung, die aber jederzeit den Schutz der polizeilichen Güter gewährleisten muss. Zulassungsbeschränkungen, die auf eine wirtschaftspolitische Massnahme hinauslaufen, müssen in diesem Bereich ausgeschlossen bleiben. Der Grundsatz der freien Konkurrenz muss erhalten bleiben. ¹⁵³

3. Der Zugang zum Linienverkehr nach deutschem Luftrecht

a) Das Luftverkehrsmonopol

Analog zu der Bestimmung des Art. 37^{ter} BV besitzt in Deutschland der Bund nach Art. 73 Nr. 6 GG die ausschliessliche Gesetzgebung über den Luftverkehr. ¹⁵⁴

b) Die Kodifizierung des deutschen Luftrechtes

Die drei wichtigsten Erlasse stellen das Luftverkehrsgesetz (LuftVG), die Luftverkehrsordnung (LuftVO) und die Luftverkehrszulassungsordnung (LuftVZO) dar. Das LuftVG, dessen ursprüngliche Fassung vom 1. August 1922 datiert, ist entsprechend der schnellen Entwicklung der Luftfahrt immer wieder geändert oder neu gefasst worden, so dass vom Gesetz von 1922 heute nurmehr die Überschrift geblieben ist. Seine letzte Neufassung erfuhr es am 4. November 1968 (BGBl. I S. 1113). Den Luftverkehr behandelt es in seinem ersten Ab-

¹⁵³ Vgl. theoretische Überlegungen bei Giacometti, S. 303.

¹⁵⁴ Art. 73 GG: "Der Bund hat die ausschliessliche Gesetzgebung über: ... 6. Die Bundeseisenbahnen und den Luftverkehr."

schnitt, der sich in sechs Unterabschnitte teilt, wovon der dritte Unterabschnitt die Luftfahrtunternehmen behandelt.

Als erste der beiden grossen Durchführungsverordnungen zum LuftVG wurde am 16. August 1963 die LuftVO erlassen.¹⁵⁵

Sie enthält vor allem Vorschriften über die Sicherheit des Luftverkehrs, namentlich die Verkehrsregeln. Sie wurde inzwischen durch verschiedene Verordnungen geändert.¹⁵⁶

Der LuftVO folgte am 19. Juni 1964 (BGBl. I S. 370) die LuftVZO. Sie ist in Anlehnung an den Aufbau der LuftVO in sechs Abschnitte gegliedert. Der erste behandelt die Zulassung des Luftfahrtgeräts und die Eintragung der Luftfahrzeuge, der zweite legt die Anforderungen fest, die an das Luftfahrtpersonal, insbesondere die Luftfahrer, sowie an ihre Ausbildung gestellt werden, der dritte ist entsprechend der Legaldefinition in § 6 LuftVG untergliedert in Vorschriften für Flughäfen, Landeplätze und Segelfluggelände, der vierte Abschnitt, der die Sammelbezeichnung "Verwendung und Betrieb von Luftfahrtgerät" trägt, behandelt zunächst in den Unterabschnitten 1 bis 3 die einzelnen Fälle der Verwendung von Luftfahrzeugen, soweit sie von § 20 LuftVG berührt werden. Der fünfte Abschnitt regelt Einzelheiten für die sich aus dem zweiten Abschnitt des LuftVG ergebenden versicherungsrechtlichen Tatbestände. Der sechste enthält vor allem eine Aufzählung der Tatbestände, bei deren Verletzung im Wege des Bussgeldverfahrens eingeschritten werden kann, sowie Schluss und Uebergangsbestimmungen. - Die übrigen Erlasse sind für den Vergleich bedeutungslos.

155 Entspricht etwa der Verfügung des EVED über die Verkehrsregeln für Luftfahrzeuge vom 3. Dezember 1971 (SR 748.121.11).

156 VO vom 4. Januar 1967 (BGBl. I S. 105); VO vom 12. September 1969 (BGBl. I S. 1605); VO vom 16. September 1969 (BGBl. I S. 1649, trat gleichzeitig in Kraft mit VO BGBl. I S. 1605).

c) Die behördliche Aufsicht im deutschen Luftverkehr^{157,158}

Nach Art. 73 Nr. 6 GG hat der Bund die ausschliessliche Gesetzgebung über den Luftverkehr. Nach Art. 124 in Verbindung mit Art. 123 GG wird Reichsrecht, das Gegenstände der ausschliesslichen Gesetzgebung des Bundes betrifft, innerhalb seines Geltungsbereiches Bundesrecht und gilt fort, soweit die Vorschriften nicht dem Grundgesetz widersprechen. Für die Weiterentwicklung des Luftrechts, seine Neu- bzw. Umgestaltung ist die Bundesregierung zuständig.

Im GG fehlte jedoch zunächst eine Regelung für die Luftverkehrsverwaltung, wie sie für andere Verkehrszweige getroffen war. Um diese Lücke zunächst auszufüllen und zu einer arbeitsfähigen Verwaltung zu gelangen, machte der Bund von der Möglichkeit des Art. 87 Abs. 3 GG Gebrauch und errichtete die Bundesanstalt für Flugsicherung und das Luftfahrt-Bundesamt. Für die nicht diesen Behörden zugewiesenen Aufgaben schlossen Bund und Länder zunächst "ohne Präjudiz" eine Verwaltungsvereinbarung, in der vorgesehen war, dass ein Teil der Verwaltungsakte vom Bund oder den Ländern allein wahrgenommen wurde und der Rest vom Bund im Einvernehmen mit dem örtlich zuständigen Land oder einem Land im Einvernehmen mit dem Bund entschieden wurde.

Nach dem Gesetz über die Bundesanstalt für Flugsicherung vom 23. März 1953 obliegt dieser - nicht ganz zutreffend als Anstalt bezeichneten - Bundesbehörde die Durchführung der Flugsicherung in der BRD und dem Luftfahrt - Bundesamt nach dem Gesetz vom 30. November 1954 u.a. die Zulassung des Luftfahrtgeräts, die Untersuchung von Flugunfällen und die Sammlung von Nachrichten über Luftfahrer und Luftfahrgerät. Die Notlösung der Verwaltungsvereinbarung dauerte fast ein Jahrzehnt und brachte eine so enge Zusammenarbeit zwischen der Luftfahrtverwaltung des Bundes

157 Vgl. Reuss, Jahrbuch der Luft- und Raumfahrt 1980, S. 62 ff.

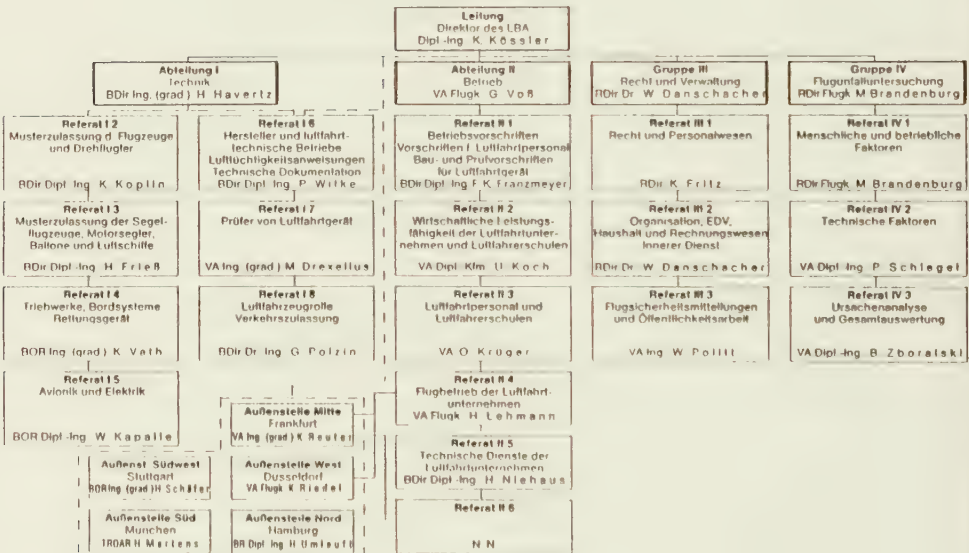
158 Auf die Besatzungszeit wird nicht eingegangen.

und der Länder, dass die endgültige Regelung der Frage der Luftfahrtverwaltung durch die Einfügung eines Artikels über die Luftverkehrsverwaltung in das Grundgesetz (11. Aenderung des GG) vom 6. Februar 1961 (BGBl. I, S. 65) und das gleichzeitig ergehende Gesetz über Zuständigkeiten in der Luftverkehrsverwaltung vom 8. Februar 1961 (BGBl. I, S. 69) an der praktischen Arbeit der Luftverkehrsverwaltungen nur noch wenige Aenderungen brachte. Grundsätzlich ist die Luftfahrtverwaltung jetzt Bundessache, soweit sie nicht, wie durch das Gesetz vom 8. Februar 1961 geschehen, den Ländern als Auftragsverwaltung zugewiesen ist.

d) Die Organisation der Aufsichtsbehörde¹⁵⁹

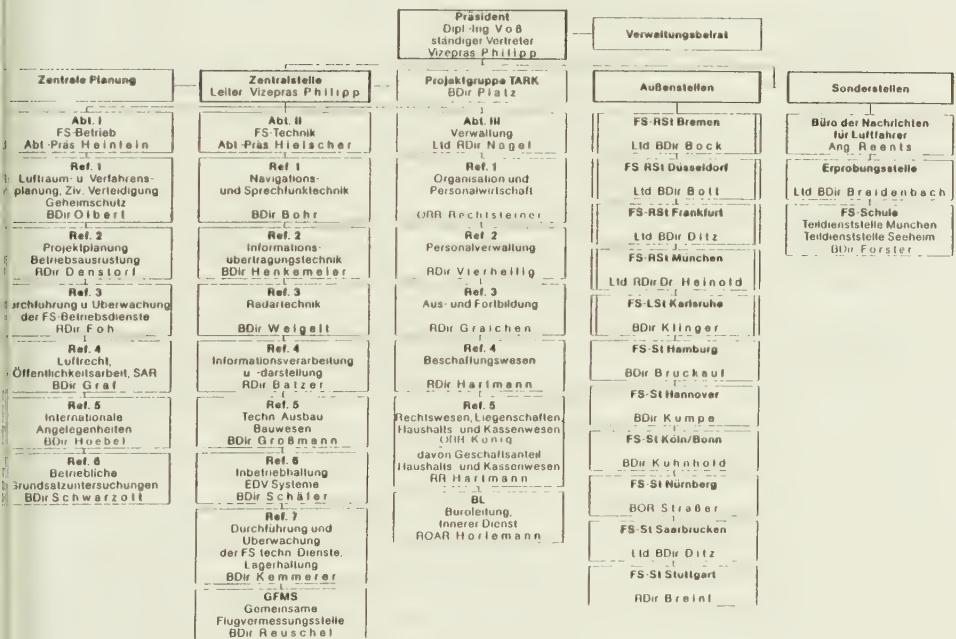
Organisationsplan des Luftfahrt-Bundesamtes

Stand 1. Juli 1979



¹⁵⁹ Auf eine Erläuterung des Organigramms kann verzichtet werden; die Namen sind selbstverständlich bedeutungslos.

Organisation der Bundesanstalt für Flugsicherung



e) Der rechtliche Status der Luftverkehrsunternehmen

Weder im deutschen LuftVG, noch in der LuftVZO findet sich eine analoge Bestimmung zu Art. 103 LFG, die einen rechtlichen Status für die Luftverkehrsunternehmung(en) vorschreiben würde. Die Vorschriften der LuftVZO, namentlich über den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, zielen jedoch darauf ab, dass in der Regel eine Handeslsge-sellschaft das Unternehmen betreiben wird.

f) Die Zulassung zum Linienverkehr

aa) Allgemeines

§ 20 Abs. 1 1. Satz LuftVG bestimmt: "Unternehmen, die Per-sonen oder Sachen durch Luftfahrzeuge gewerbsmässig beför-dern (Luftfahrtunternehmen), bedürfen der Genehmigung." Abs. 2 enthält eine polizeilich motivierte Generalklausel, wonach die Genehmigung zu erteilen ist, wenn nicht "Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet werden kann".¹⁶⁰ Luftverkehrsunternehmen, die Personen oder Sachen gewerbsmässig durch Luftfahrzeuge auf bestimmten Linien öffentlich und regelmässig befördern (Fluglinienverkehr), bedürfen ausser der Genehmigung nach § 20 für jede Fluglinie eine besondere Genehmigung. Sie er-streckt sich auf die Flugpläne, Beförderungsentgelte und Beförderungsbedingungen.¹⁶¹ Auf ihre Erteilung und ihren Wi-derruf ist § 20 sinngemäss anzuwenden. Die Genehmigung kann ausserdem versagt werden, wenn durch den beantragten Linien-verkehr öffentliche Interessen beeinträchtigt werden.¹⁶² Abs. 1 beinhaltet also analog zur LEV gemeinwirtschaftliche Grundpflichten, namentlich die Flugplanpflicht und Tarif-pflicht; Abs. 2 statuiert sodann die Betriebs- und Beförde-

160 § 20 Abs. 2 1. Satz LuftVG.

161 Vgl. vorne S. 91 ff. für das schweizerische Luftrecht.

162 § 21 Abs. 1 LuftVG.

rungspflicht: "Luftverkehrsunternehmen"¹⁶³, die Fluglinienverkehr betreiben, sind verpflichtet, den Betrieb ordnungsgemäss einzurichten, aufzunehmen und während der Dauer der Genehmigung aufrechtzuerhalten. Sie sind zur Beförderung von Personen und Sachen verpflichtet, wenn

1. den geltenden Beförderungsbedingungen und den behördlichen Anordnungen entsprochen wird,
2. die Beförderung mit den regelmässigen Beförderungsmitteln möglich ist,
3. die Beförderung nicht durch Umstände verhindert wird, welche die Unternehmen nicht abwenden konnten und deren Auswirkungen sie auch nicht abzuwenden vermochten."¹⁶⁴

Abs. 3 statuiert sodann die analoge Ausnahmebestimmung zu Art. 108 Abs. 2 und 3 LFV.¹⁶⁵ "Die Genehmigungsbehörde kann die Unternehmen auf ihren Antrag ganz oder teilweise von den Verpflichtungen nach Abs. 2 befreien, wenn ihnen die Weiterführung des Betriebes oder die Durchführung der Beförderungen nicht zugemutet werden kann. Die Genehmigung erlischt, wenn die Unternehmen von den Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung des Betriebes und der Durchführung von Beförderungen im ganzen dauernd befreit werden."¹⁶⁶ Abs. 4 statuiert schliesslich die Postbeförderungspflicht.¹⁶⁷

Diese Vorschriften stehen im Gegensatz zu den Bestimmungen über den gewerblichen Gelegenheitsverkehr (§ 22 LuftVG). Danach bedarf dieser zwar keiner Erlaubnis, er kann aber Bedingungen und Auflagen unterworfen werden und es können "Beförderungen", also nicht der Gelegenheitsverkehr insgesamt, untersagt werden, soweit sie "die öffentlichen Verkehrsinter-

163 Das deutsche Luftrecht macht die terminologische Unterscheidung von Luftfahrt und Luftverkehr i.S. unserer Definition nicht, vgl. vorn S. 1.

164 § 21 Abs. 2 LuftVG.

165 Vgl. vorne, S. 92 ff.

166 § 21 Abs. 3 LuftVG.

167 Analog zu Art. 6 Abs. 1 lit. b SR-Konzession und Art. 6 Abs. 2 SR-Konzession.

essen nachhaltig beeinträchtigen." Nach § 21 Abs. 1 4. Satz unterliegt also der Linienverkehr dem generellen Genehmigungs-
zwang, und nach § 22 ist der Nichtlinienverkehr vom generellen
Erlaubniszwang ausgenommen. Die sachliche Prüfung der Voraus-
setzungen dürfte aber in beiden Fällen die gleiche sein.
Beim Linienverkehr ist eine Zulassungssperre und beim Gelegen-
heitsverkehr eine Auflage oder Betriebsbeschränkung nur zu-
lässig, zur Wahrung des Allgemeininteresses an einem bestän-
digen und rentablen, jedermann zugänglichen Verkehr. Dieses
wird aber beeinträchtigt, wenn eine neue Linien- oder Nicht-
liniengesellschaft eine Nachfrage befriedigen will, die
von den vorhandenen Linienunternehmen bereits bedient wird
oder bezüglich der ein Genehmigungsverfahren läuft. Man wird
also zu dem Schluss kommen müssen, dass kein Unterschied be-
steht zwischen den öffentlichen Interessen des § 20 Abs. 1
und den öffentlichen Verkehrsinteressen des § 22 LuftVG.

Bedeutungsvoll ist sodann § 23 LuftVG. Er bestimmt: "Die ge-
werbsmässige Beförderung von Personen oder Sachen durch Luft-
fahrzeuge zwischen Orten des Inlands kann deutschen Luft-
fahrtunternehmen vorbehalten werden."¹⁶⁸ Abgeleitet wird das
Recht dieser Bestimmung aus der Souveränität des Staates im
Luftraum über dem Staatsgebiet; die Staaten leiten daraus
auch das Recht ab, das Wohl der eigenen Staatsangehörige
(Unternehmen) über dasjenige ausländischer Unternehmen zu
stellen. Diese protektionistische Haltung gegenüber dem In-
landverkehr nehmen die meisten Staaten ein, die einen bedeut-
samen Inlandverkehr haben.¹⁶⁹

168 Vgl. die französische Regelung hinten S. 140 ff.

169 Dieser Bestimmung liegt der sogenannte "Kabotage-Erlass"
des Bundesministers für Verkehr vom 21. November 1958 be-
treffend Verkehrsrechte ausländischer Luftfahrtgesellschaften
auf innerdeutschen Flugstrecken zugrunde:

"1. Für Beförderungen im Fluglinienverkehr zwischen einem
Abgangsort und einem Bestimmungsort in der Bundesrepu-
blik Deutschland hat die Deutsche Lufthansa AG gegen-

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das deutsche Luftrecht die selbe Ordnung des Linienverkehrs kennt wie das schweizerische. Eine Frage ist in Deutschland aber aufgetaucht, die auch im schweizerischen Luftrecht zu überdenken wäre,¹⁷⁰ nämlich wie sich die Bedürfnisprüfungen bei der Zulassungsentscheidung zum Verfassungsrecht verhalten.

g) Die Bedürfnisprüfung der Zulassung und das Verfassungsrecht

Der Meinungsstreit in Deutschland entbrannte, weil § 42 Abs. 1 und 2 a LVO über die Bestimmung von § 11 Abs. 2 a LuftVG hinaus bestimmte, dass jede neu zu errichtende Fluglinie einer besonderen Genehmigung bedarf, deren Erteilung in das freie Ermessen der Genehmigungsbehörde gestellt war. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens war ferner gemäss § 40 Abs. 2 Nr. 3 a LVO der Nachweis der wirtschaftlichen Lei-

169 Forts.: über ausländischen Luftverkehrsgesellschaften, deren Flugzeuge in einem flugplanmässigen Abstand von 120 Minuten oder weniger von einem auf derselben Strecke verkehrenden Flugzeug der Deutschen Lufthansa AG. fliegen, das Vorrecht der Buchung. Dies gilt bei einer derartigen Beförderung auch für die Beförderung auf einer Teilstrecke im Umsteigeverkehr (einschliesslich einer Teilstrecke im Berlin-Verkehr).

2. Nr. 1 gilt nicht in den Fällen, in denen eine ausländische Luftverkehrsgesellschaft zwischen Orten in der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar Verbindung bietet, die

a) gegenüber Flugdiensten der Lufthansa einen Zeitgewinn von wenigstens 120 Minuten ermöglichen, oder durch die

b) Anschlüsse im Fluglinienverkehr nach und von Orten in der Bundesrepublik Deutschland (einschliesslich Berlin) ermöglicht werden, wenn diese durch Flugdienste der Lufthansa nicht erreicht würden.

3. Ausländische Luftverkehrsgesellschaften dürfen von der Befugnis nach Nr. 2 nur auf Fluglinien Gebrauch machen, für die sie im Besitz entsprechender Verkehrsrechte sind. Es ist ferner unzulässig, aus der Befugnis nach Nr. 2 mittelbar oder unmittelbar Beförderungsmöglichkeiten nach und von Punkten ausserhalb des Bundesgebiets abzuleiten, die ausländischen Luftverkehrsgesellschaften nicht ausdrücklich genehmigt sind."

Ziff. 4. - 7. sind für unsere Zwecke unbedeutend.

170 Vgl. Art. 105 Abs. 4 lit. a LFV.

stungsfähigkeit zu erbringen.¹⁷¹ Grundsätzlich finden wir dieses Vorgehen auch in der heutigen Fassung auf der Basis von § 20 und 21 Luft VG.

Den Anlass gibt Art. 12 Abs. 1 GG, der lautet: "Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden", ferner auch durch Art. 2 Abs. 2 GG, der lautet: "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst."

Zunächst ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 GG schon, dass sich dieser Artikel nur auf Deutsche bezieht. Ausländer können in diesem Sinne unbedenklich Berufsbeschränkungen unterworfen werden.

Zu dieser Problematik existieren verschiedene Untersuchungen¹⁷² und auch eine gewisse Rechtsprechung.

Richtig ist zunächst auch sicher, dass, wer eine Luftfahrtunternehmung betreibt, einerseits von dem im Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit Gebrauch macht, andererseits hat er einen Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG gewählt. Ein Luftfahrtunternehmen geniesst

171 Dies ebenfalls eine Norm, die sich im heutigen schweizerischen Luftrecht findet; vgl. Art. 105 Abs. 3 lit. a i.V. Art. 104 Ziff. 1 lit. c LFV.

172 A. Meyer: Ist die in der deutschen Luftverkehrsgesetzgebung vorgesehene Genehmigung von Luftfahrtunternehmen und die bei der Genehmigung vorgesehene Prüfung der Bedürfnisfrage mit dem Grundgesetz vereinbar? Gutachten, erstattet für die Sitzung des Rechtsausschusses der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Luftfahrt in Köln am 2.10.1953 (in: ZLR, VII. Band, 1954, S. 23 ff. - H.W. Paas: Ist die in § 11 Abs. 2 aLuftVG bei der Genehmigung von Luftfahrtunternehmen und -Veranstaltungen vorgeschriebene Bedürfnisprüfung mit dem Grundgesetz vereinbar? Referat, gehalten an der Sitzung des Rechtsausschusses der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Luftfahrt in Köln am 2.10.1953 (in: ZLR, III. Band, 1954, S. 117 ff.).

also den Rechtsschutz dieser beiden Artikel, und zwar gemäss Art. 19 Abs. 3 GG auch dann, wenn es von einer inländischen juristischen Person betrieben wird. Der Linienverkehr wird jetzt also von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht, und diese kann versagt werden, wenn die beauftragte Fluglinie öffentliche Interessen beeinträchtigt. Als solche gelten politische, vor allem verkehrspolitische Erwägungen, Rechtstraditionen oder auch sozialpolitische Ziele etc. Die Beschaffenheit dieser öffentlichen Interessen ist nun aber etwas objektiv Gegebenes, vom Verhalten des Antragstellers Unabhängiges. Auch wenn er die besten persönlichen Voraussetzungen mitbringt, wird ihm der Zugang zum Beruf, den er gewählt hat, verwehrt. Es existiert also eine objektive, weil von der Person des Antragstellers unabhängige Zulassungsvoraussetzung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes¹⁷³ ist eine solche aber nur zulässig zur Abwehr höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Der Gesetzgeber muss also das Recht haben, Beschränkungen des Grundrechts festzulegen, wenn die Rechte anderer verletzt werden oder wenn gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstossen wird. Paas sieht nun die "Allgemeinheit" als Summe von Einzelpersönlichkeiten an und versteht unter den Rechten "anderer" (Art. 2 Abs. 2 GG) "auch das Recht der Allgemeinheit auf den Schutz ... öffentlicher Interessen wie etwa der Erhaltung der öffentlichen Gesundheit oder der Verkehrssicherheit oder auch der Leistungsfähigkeit des betreffenden Unternehmens zu verstehen".¹⁷⁴ Es ergibt sich, dass "die Bedürfnisprüfung überall da, wo die in Art. 2 Abs. 1 geschützten Güter bedroht werden können, nur noch als gefahrenabnehmende Sicherungsprüfung zu

173 BVerfG Bd. 7, S. 377, 408, "Apothekenurteil" vom 11. Juni 1958.

174 Paas, S. 120; zit. vorne S. 136 Anm. 172.

erfolgen hat".¹⁷⁵ Bei den Gefahren muss es sich aber um solche handeln, die "nach allgemeiner Lebenserfahrung mit einem erheblichen Grad von Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind".¹⁷⁶ Paas sieht nun als Gebiet, auf dem am ehesten ein fehlendes Bedürfnis einer Gefährdung gleichzusetzen ist, das Verkehrswesen. Er hält es hier für einleuchtend, dass durch eine zu grosse Zahl von Unternehmen und den dadurch bedingten wahrscheinlich schrankenlosen Wettbewerb schwerste Gefahren für die Allgemeinheit heraufbeschworen würden. Für die Personenbeförderung zu Lande habe die Mehrzahl der Gerichte die Anwendung der Vorschrift der Bedürfnisprüfung nach § 9 Abs. 2 Personenbeförderungsgesetz ebenfalls bejaht, und was auf dem Boden gilt, muss seines Erachtens ganz besonders für den Luftverkehr Bedeutung haben. Dies ergebe sich vor allem daraus, dass der Verkehr mit Luftfahrzeugen infolge der Ausnützung des Luftraumes grössere Gefahren in sich birgt, als es bei dem strassen- und schienengebundenen Verkehr der Fall ist. Das Recht der Allgemeinheit auf höchstmögliche Verkehrssicherheit wäre gerade hier in besonderem Masse gefährdet, wenn ein ungehinderter, durch keine Bedürfnisprüfung eingeschränkter Zugang zum Luftverkehr möglich wäre. Gerade hier würden viele Unternehmen bei mangelnder Inanspruchnahme nicht mehr die zur Aufrechterhaltung eines ordentlichen Betriebes erforderlichen Mittel aufbringen können. Die Folge wäre aber eine Vernachlässigung der Betriebsmittel und unter Umständen eine Überbeanspruchung des Personals. Hier kann eine gefahrenabwendende Sicherheitsprüfung erfolgen. Gleichzeitig läuft diese Praxis auf eine Begünstigung der etablierten Unternehmen hinaus, die den Bedarf befriedigen können. Ihre Konkurrenzierung liegt somit nicht im öffentlichen Interesse. Das öffentliche Interesse geht dahin, dass die vorhandenen Unternehmen

175 Paas, S. 121.

176 Ebenda und ff.

leistungsfähig bleiben. Es muss deshalb zulässig sein, dass z.B. ersuchte neue Linien nur genehmigt werden, wenn die Genehmigung den etablierten Unternehmen keinen Abbruch tut, also in diesem Sinn öffentliche Interessen nicht beeinträchtigt. Diese Praxis dürfte in Deutschland zu ähnlichen Erscheinungen führen wie in der Schweiz durch Art. 103 LFG, dass nämlich die lukrativen Linien den etablierten Linienunternehmen vorbehalten sind. Gleichzeitig wird gewöhnlich in den bilateralen Abkommen der "designated carrier" ebenfalls begünstigt.

Es ist weiter zu berücksichtigen, dass auch in Deutschland die Konzentrationsbewegung dazu geführt hat, dass nur eine etablierte "nationale", "chosen" Linienverkehrsgesellschaft auf dem Markt tätig ist, die LUFTHANSA. Eine weitere Frage ist, ob im Rahmen des Genehmigungsverfahrens von dem Antragsteller noch gemäss § 40 Abs. 2 Nr. 3 a LuftVO der Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erbracht werden kann. Hier muss darauf hingewiesen werden, dass es sich im Gegensatz zu den öffentlichen Interessen um eine subjektive Beschränkung handelt, auf deren Behebung der Bewerber selbst Einfluss nehmen kann. Da Linienluftverkehr den Charakter eines öffentlichen Verkehrs hat, besteht an der Regelmässigkeit der Erbringung dieser Verkehrsleistung ein öffentliches Interesse, dass diese eben nicht durch konjunkturell bedingte unternehmerische Schwächeanfälle unterbrochen oder überhaupt nicht mehr garantiert ist. Das öffentliche Interesse liefert so gewissermassen Anhaltspunkte für den Massstab, an dem diese Massnahme gemessen werden soll.

Wir kommen somit zu folgenden Schlüssen:¹⁷⁷

- Die Genehmigung zum Betrieb einer Luftverkehrsunternehmung darf versagt werden, wenn Tatsachen dafür vorliegen, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet wird.
- Die Genehmigung zum Betrieb einer Luftverkehrsunternehmung kann auch aus wirtschaftlichen Gründen versagt werden, so-

177 Vgl. Meyer (zit. vorne S. 136, Anm. 172), S. 41.

fern dies im Interesse der Allgemeinheit geboten ist; als solches gilt die Erhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer etablierten Unternehmung (Subventionsunabhängigkeit).

- Unzulässig wäre die Berücksichtigung rein privater wirtschaftlicher Interessen.
- Die gleichen Ueberlegungen sind auf die schweizerischen Verhältnisse übertragbar im Zusammenhang mit der Handels- und Gewerbefreiheit von Art. 31 BV und den Genehmigungsverweigerungsgründen von Art. 105 LFV. Als zusätzliche Schranke der Verweigerung figuriert weiter das Willkürverbot von Art. 4 BV.

:

4. Der Zugang zum Linienverkehr nach französischem Luftrecht

a) Das Luftverkehrsmonopol

Eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung, die ein Luftverkehrsmonopol des Staates statuiert, etwa vergleichbar mit Art. 37^{ter} BV oder Art 73 Nr. 6 GG., kennt das französische Recht nicht.

Die Art. 78 Satz 1. und 2. der französischen Staatsverfassung lauten: " Die Zuständigkeit der Gemeinschaft erstreckt sich auf die Aussenpolitik, die Verteidigung, das Geldwesen, die gemeinsame Wirtschafts- und Finanzpolitik, sowie die kriegswichtigen Rohstoffe. Sie umfasst ferner... die Kontrolle des Justizwesens, des Hochschulunterrichts und die allgemeine Organisation der Transportverbindungen untereinander und nach Drittländern, sowie des Fernmeldewesens."

b) Die Kodifizierung des französischen Luftrechts

Das französische Luftrecht ist im wesentlichen im Code de l'Aviation Civile (früher: Code de l'Aviation Civile et Commerciale) vom 30. November 1955 in der Neufassung vom 30. März 1967 niedergelegt, die, entsprechend der Befugnisverteilung zwischen gesetzgebender und ausführender Gewalt nach der Verfassung vom 4. Oktober 1958, in drei Teile unterteilt ist: in einen "Code législatif", der die förmlichen Luftfahrtgesetze (lois) zusammenfasst, einen "Code contenant le règlements d'administration publique et décrets en Conseil d'Etat", der Verordnungen im Rang unter dem förmlichen Gesetz enthält, und einem "Code contenant les décrets simples", d.h. der schlichte Verordnungen enthält. Alle drei Teile sind parallel zueinander in sechs Bücher¹⁷⁸ untergliedert, deren Buch III, betitelt "Le transport aérien", die wesentlichen materiellrechtlichen Verwaltungsnormen hinsichtlich des gewerblichen Luftverkehrs zum Gegenstand hat.¹⁷⁹

c) Die behördliche Aufsicht im französischen Luftverkehr

aa) Das Secrétariat général à l'Aviation civile¹⁸⁰

Im Innern des derzeit für die Zivilluftfahrt zuständigen Verkehrsministeriums ist die Aufsicht über den gewerblichen Luftverkehr nicht etwa einer Generaldirektion, sondern einem weitaus bedeutenderen und funktionell weitgehend unabhängigen Organ anvertraut, dem Secrétariat général à l'Aviation civile (S.G.A.C.), an dessen Spitze ein durch Verordnung ("décret")

178 Die sechs Bücher des Code de l'Aviation Civile sind wie folgt betitelt: Buch I "L'aéronef"; Buch II "Les aérodromes"; Buch III "Le transport aérien"; Buch IV "Le personnel navigant"; Buch V "L'aviation légère et sportive" und Buch VI "Dispositions diverses".

179 Vgl. zum ganzen Dausen, S. 101 f.

180 Vgl. mit Rechtsquellen Dausen, S. 108 f.

ernannter Generalsekretär steht.

Dem Generalsekretär zur Seite steht ein von diesem ernanntes Kabinett, das derzeitig aus einem Chef de Cabinet, einem Conseiller technique, einem Conseiller juridique, zwei Chargés de mission und dem Kabinettsbüro zusammengesetzt ist. Dem Kabinett des Generalsekretärs angeschlossen finden sich ein Service d'Etudes économiques et du Plan, eine Section "Presse et Relations extérieures", eine Section "Sécurité et Mobilisation" und ein Organe "Contrôle en vol".¹⁸¹

Das Generalsekretariat als die dem Generalsekretär unterstellte Behörde setzt sich aus der Zentralverwaltung, einer Inspection générale de l'Aviation civile, betraut mit Untersuchungsaufgaben hinsichtlich der Sicherheit des Luftverkehrs und der Luftfahrtunfälle, den technischen Zentraldiensten ("Services techniques centraux"), einem beratenden und ausführenden Organ hinsichtlich der technischen Fragen der Luftfahrt, und den Aussendienststellen ("Services extérieurs") zusammen, die, einem Direktor unterstellt, je für eine "région aéronautique" zuständig sind.

Die Zentralverwaltung des Generalsekretariats ("Administration générale") wiederum ist in mehrere Direktionen untergliedert, die teils allgemeine, jeder Verwaltung obliegende Aufgaben erfüllt wie die Direction du Personnel et de l'Administration générale, teils jedoch spezifische Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung ausüben:

So ist die Direction de la Navigation aérienne mit der Ueberwachung der Sicherheit der Luftfahrt und der Flughäfen betraut, die "Direction des Bases aériennes" ist für die Infrastruktur der Luftfahrt, insbesondere die wirtschaftliche und gewerbliche Ausstattung der Flughäfen, zuständig. Weggefallen ist die Direction de la Météorologie nationale sowie ein Service de Formation aéronautique, du Travail aérien et

181 Répertoire permanent de l'Administration française, 31. Aufl. 1972, S. 394 ff.

des Transports; neu hinzugekommen und ihrem Aufgabenbereich nach einer Direktion gleichgestellt ist derzeit die Délégation française aux Comités directeurs Concorde et Airbus.¹⁸²

Unter den Direktionen der Zentralverwaltung des S.G.A.C. ragt an Bedeutung für den gewerblichen Luftverkehr die Direction des Transports aériens hervor, deren Aufgabe es ist, die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Luftbeförderung festzustellen und die Planung, Kontrolle und Koordinierung der gewerblichen Luftfahrt vorzunehmen:

"La direction des transports aériens est chargée de définir et d'exprimer les besoins de transport et de travail aérien et d'orienter, de contrôler et de coordonner l'exploitation et l'équipement des activités aéronautiques ayant un caractère commercial; de délivrer les certificats de navigabilité des aéronefs civils et des aéronefs d'Etat non militaires et de procéder à leur immatriculation."¹⁸³

Die Direction des Transports aériens ist ihrer teils technischen, teils wirtschaftlichen, teils internationalrechtlichen Aufgabenstellung entsprechend in drei Unterdirektionen gegliedert: die Sous-Direction des Affaires internationales, die Sous-Direction des Affaires économiques und die Sous-Direction technique.

Die Sous-direction des Affaires internationales erteilt, verweigert und entzieht die Genehmigungen ausländischer Luftfahrtunternehmen und überwacht diese auf die Einhaltung luftrechtlicher Vorschriften und Auflagen während ihres Aufenthaltes auf französischem Staatsgebiet. Sie nimmt diese Aufgabe in drei Büros und einer Abteilung wahr: dem Bureau des Organisations internationales et Accords multilatéraux, dem Bureau des Relations bilatérales, dem Bureau de l'Immatriculation und der Section des Vols non-réguliers.

182 Répertoire permanent de l'Administration française, a.a.O., S. 394 ff.

183 Vgl. Dausen, S. 109, Anm. 46.

Die Sous-direction des Affaires économiques übt die Staatsaufsicht über die einheimischen Luftfahrtunternehmen in zwei Büros und zwei Abteilungen aus: Während das Bureau de l'Economie du Transport aérien für die Linienunternehmen Air France, Air Inter und U.T.A. sowie deren im Gelegenheitsverkehr tätigen Tochtergesellschaften zuständig ist, überwacht das Bureau de l'Exploitation die sonstigen im Gelegenheitsverkehr tätigen französischen Luftfahrtunternehmen. Allgemeine Aufgaben versehen die Section des Etudes générales und die Section des Statistiques.

Der Sous-direction technique obliegt in erster Linie die Erteilung von Lufttauglichkeitszeugnissen ("certificats de navigabilité") und die Registrierung ("immatriculation") von Luftfahrzeugen, eine Aufgabe, die sie in drei Büros wahrnimmt: dem Bureau du Matériel volant, dem Bureau des Opérations und dem Bureau des Programmes aéronautiques.¹⁸⁴

bb) Der Conseil supérieur de l'Aviation marchande¹⁸⁵

Um die interministerielle Bedeutung der gewerblichen Luftfahrt zu unterstreichen, wurden neben dem S.G.A.C. mehrere gleichfalls mit den gewerblichen Gesichtspunkten des Luftverkehrs befasste interministerielle Beratungs- und Koordinierungsorgane geschaffen, die meist inhaltlich eng umgrenzte Funktionen ausüben, jedoch von den einschlägigen ausführenden Organen wie dem Verkehrsministerium, einschliesslich S.G.A.C., sachlich und personell weitgehend unabhängig sind.

Unter diesen "organismes interministériels de consultation et de coordination" wären zu nennen: das "Comité permanent pour la Sécurité de la Navigation aérienne", das "Haut Comité médical et Conseil médical de l'Aéronautique civile", der "Conseil du Personnel navigant professionnel de l'Aéronautique

184 Weitere organisatorische Details vgl. hinten S. 155.
185 Ebenda.

civile", die "Commission de Sécurité aérienne", die "Commission consultative de Sécurité du Transport aérien" u.a.

Wichtigstes dieser das S.G.A.C. umgebenden interministeriellen Beratungs- und Koordinierungsorgane ist der durch Décret no. 51-876 vom 9. Juli 1951 geschaffene Conseil supérieur de l'Aviation marchande (C.S.A.M.), dessen Anhörung im allgemeinen wahlweise, in verschiedenen Fällen, wie etwa bei der Erteilung oder Versagung von Genehmigungen für Luftfahrtunternehmen, zwingend vorgeschrieben ist.

Obgleich ein Vertreter des Verkehrsministers den Vorsitz im C.S.A.M. führt, ist der Conseil organisatorisch von diesem völlig unabhängig. Ausser Vertretern des Verkehrsministeriums, insbesondere des diesem eingegliederten S.G.A.C., gehören ihm Vertreter des Ministeriums für Post- und Fernmeldewesen, des Aussen- und Innenministeriums, des Finanzministeriums sowie des Staatssekretariats für die Départements und Territorien in Uebersee an. Vorgesehen ist ferner, der neugegründeten Raumordnungsdirektion ("Direction de l'Aménagement du territoire") im C.S.A.M. Sitz und Stimme zu geben.

d) Der rechtliche Status der Luftverkehrsunternehmen

Gegenwärtig bestehen in Frankreich drei im Fluglinienverkehr tätigen Luftfahrtunternehmen. Das französische Luftrecht trifft jedoch keine funktionelle Unterscheidung nach der Tätigkeitsart der Luftfahrtunternehmen, sondern eine strukturelle Unterscheidung nach deren Gesellschaftsform. Demzufolge unterscheidet der Code de l'Aviation civile zwischen der "Compagnie nationale Air France"¹⁸⁶ und den sonstigen, privaten Luftfahrtgesellschaften.¹⁸⁷

186 Buch III, Titel II.

187 Buch III, Titel III.

e) Die Zulassung von Luftfahrtunternehmen¹⁸⁸

Inländische Luftfahrtunternehmen, im Code de l'Aviation Civile als "entreprises de transport aérien" bezeichnet, bedürfen zur Durchführung gewerbmässiger Beförderung von Personen oder Sachen durch Luftfahrzeuge einer Genehmigung des französischen Verkehrsministers, in der vier Elemente begrifflich klar zu unterscheiden sind, obgleich sie in der Praxis häufig in ein und derselben Entscheidung enthalten sind:

Einer "autorisation" bedarf die Aufnahme der gewerblichen Luftbeförderung als solcher:

"Nul ne peut exercer une activité de transport aérien, à titre professionnel et contre rémunération, s'il n'a été autorisé par le ministre chargé de l'aviation civile."¹⁸⁹

Dieser "autorisation" bedarf es sowohl zur Aufnahme des Fluglinienverkehrs ("service régulier") wie des Gelegenheitsverkehrs ("service non régulier"), zwischen denen der Gesetzgeber grundsätzlich keine Unterscheidung getroffen hat. Sie wird in Form einer ministeriellen Entschliessung ("arrêté") des mit der Zivilluftfahrt betrauten Ministers, in der Praxis meist durch dessen Kabinettsdirektor, erlassen. Vorauszugehen hat die gutachtliche, jedoch unverbindliche Stellungnahme eines interministeriellen Conseil supérieur de l'Aviation marchande.¹⁹⁰

Die Erteilung der "autorisation" ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden, unter anderem an die "moralischen, finanziellen und technischen Garantien" des antragstellenden Unternehmens sowie die Zweckmässigkeit ("opportunité") der Schaffung eines neuen Luftverkehrsdienstes. Hinsichtlich der Auslegung des letzten Rechtsbegriffes verfügt der Verkehrsminister über

188 = Luftverkehrsunternehmen! Vgl. Dausen, S. 102 ff.

189 Art. L-330-1 Abs. 1 Code de l'Aviation Civile.

190 Art. R-220-1 Code de l'Aviation Civile.

ein hohes Mass gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessens. Zwingende Erteilungsvoraussetzung ist ferner, dass der Antragsteller ein hauptberufliches Luftfahrtunternehmen ist ("entreprise exerçant, à titre principal, une activité aérienne"), das seinen Sitz auf französischem Staatsgebiet hat und kapitalmässig mindestens zur Hälfte Aktionären französischer Staatsangehörigkeit gehört.¹⁹¹

Entscheidet der Verkehrsminister, die beantragte "autorisation" zu erteilen, so hat er in dem zu erlassenden "arrêté" den Gegenstand der Luftbeförderung sowie die Tätigkeitszonen des Antragstellers genau festzulegen. Derzeitig sind in Frankreich drei inländische Luftfahrtunternehmen für den Fluglinienverkehr zugelassen, nämlich die Compagnie nationale Air France, die Société Air Inter und die Union des Transport aériens. Ähnlich wie beispielsweise auch im englischen Luftverkehr ist der Tätigkeitsbereich von Air Inter auf das französische Mutterland beschränkt, wogegen Air France und U.T.A. den Luftverkehr mit dem Ausland und den französischen Départements und Territorien in Uebersee sicherstellen, im französischen Mutterland jedoch nur zu Zwischenlandungen auf ihren Flügen nach und vom Ausland berechtigt sind. Neben diesen drei Linienunternehmen sind rund 60 Gesellschaften französischer Flagge unter wechselnden Bedingungen und Auflagen im in- und ausländischen Gelegenheitsverkehr zugelassen.

Der wirtschaftliche Schutz französischer Unternehmen ist dadurch sichergestellt, dass der gewerbsmässige Verkehr von Personen und Waren zwischen zwei Punkten des französischen Staatsgebietes im Mutterland und in Uebersee grundsätzlich französischen Luftfahrzeugen vorbehalten ist und Ausnahmen von dieser Regel nur zeitlich eng begrenzt und durch Regierungsverordnung ("décret") genehmigt werden können.¹⁹²

191 Art. R-330-2 Code de l'Aviation Civile.

192 Art. L-330-2 (3) Abs. 2 Code de l'Aviation Civile.

Ausser dieser "autorisation" bedarf es, im Linien- wie im Gelegenheitsverkehr, einer weiteren Genehmigung zur Beförderung von Personen auf dem Luftweg, die gleichfalls vom Verkehrsminister in Form eines "arrêté" erteilt wird, vom Gesetzgeber jedoch in begrifflicher Unterscheidung von der "autorisation" als "agrément" bezeichnet wurde.¹⁹³

"Le transport des passagers ne peut être effectué que par des entreprises agréées à cet effet par le ministre chargé de l'aviation civile."

Das "agrément" wird nur erteilt, wenn gewisse zusätzliche Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere das Betriebsprogramm die Billigung ("approbation") des Verkehrsministers fand. Für die gutachtliche Stellungnahme des Conseil supérieur de l'Aviation marchande sowie das weite Ermessen des Verkehrsministers bei Beurteilung der Zweckmässigkeit der beantragten Personenbeförderung gilt das für die "autorisation" Gesagte hier gleichermassen. Ein "agrément" ist nur entbehrlich, wenn die Personenbeförderung durch Kleinflugzeuge mit einer Fassungskraft von höchstens sechs Passagieren erfolgt.¹⁹⁴

Sind "autorisation" und "agrément" zur Aufnahme des gewerbmässigen Luftverkehrs mit Waren und Personen erteilt, bedarf es weiterer besonderer Genehmigungen, gleichfalls in der Form von "autorisation" und "agrément", zur Eröffnung der beantragten Fluglinien (im Linienverkehr) bzw. zur Durchführung der beantragten Flüge (im Gelegenheitsverkehr). Auch letztere werden vom Verkehrsminister nach Anhörung des Conseil supérieur de l'Aviation marchande durch "arrêté" erteilt, das bei Neuzulassungen in der Praxis zusammen mit den Zulassungsgenehmigungen in einem Akt ergeht. Ein besonderes Verfahren wird für die Eröffnung internationaler Fluglinien im Linienverkehr gefordert, für die es nicht nur einer Genehmigung des

193 Art. 1-330-3 Abs. 1 Code de l'Aviation Civile.

194 Art. 1-330-3 Abs. 6 Code de l'Aviation Civile.

Verkehrsministers, sondern der Regierung bedarf.¹⁹⁵

Das zum Waren- und Personenverkehr auf bestimmten Linien zugelassene Luftfahrtunternehmen unterbreitet nunmehr seine Personenbeförderungstarife (nicht dagegen seine Frachttarife) dem Verkehrsminister zur Bestätigung ("homologation")¹⁹⁶. Zu diesem Zwecke hat es aufgegliederte Vorschläge für jede Fluglinie und innerhalb jeder Fluglinie für jede Beförderungsklasse vorzulegen, die auch die allgemeinen Beförderungsbedingungen und Sonderpreise für bestimmte Zeiten oder zugunsten bestimmter Passagiergruppen umfassen müssen. Die Bestätigung, die als einfache Entscheidung ("décision") ergeht, gilt als ausgesprochen, wenn der Verkehrsminister nicht binnen 14 Tagen nach Zugang der Vorschläge seinen Widerspruch zum Ausdruck bringt.¹⁹⁷

Andere Vorschriften gelten für die Zulassung ausländischer Luftfahrtunternehmen zur Beförderung von Personen und Waren über französischem Staatsgebiet. Grundsätzlich bedarf es hierzu eines völkerrechtlichen Abkommens zwischen der Französischen Republik und dem Heimatstaat des ausländischen Unternehmens. Hier wird - im Gegensatz zum internen französischen Luftverkehrsrecht - im Völkervertragsrecht scharf zwischen dem Linienverkehr und dem Gelegenheitsverkehr unterschieden:

Während der ausländische Linienverkehr über französischem Staatsgebiet nur aufgrund eines bilateralen Luftverkehrsabkommens nach dem Typ der amerikanischen Bermuda-Abkommen errichtet werden kann, erweist sich das Völkervertragsrecht grosszügiger gegenüber dem Gelegenheitsverkehr:

Nach Art. 5 des von Frankreich ratifizierten Zivilluftfahrtabkommens von Chicago 1944 geniesst der Gelegenheitsverkehr das Recht zum Ueberfliegen und zu technischen, nicht aber

195 Art. 1-330-2 (3) Abs. 1 Code de l'Aviation Civile.

196 Art. L-330-3 Abs. 5 Code de l'Aviation Civile.

197 Art. R-330-9 Code de l'Aviation Civile.

gewerblichen Zwischenlandungen sowie zur Aufnahme und zum Absetzen von Passagieren, letzteres jedoch unter Vorbehalt der "Regelungen, Bedingungen und Beschränkungen" des überflogenen Staates. Die Vertragsparteien haben aber mit Billigung der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO) in Montreal¹⁹⁸ dessen Vorbehalt so weit ausgelegt, dass diese beiden zusätzlichen Freiheiten heute praktisch gegenstandslos geworden sind und es somit auch im Gelegenheitsverkehr einer Genehmigung, und zwar Flug für Flug, seitens des überflogenen Staates bedarf. Eine Ausnahme von dieser Regel kann nur zum Zuge kommen, soweit das von Frankreich ratifizierte Sonderabkommen über die gewerblichen Rechte für den Gelegenheitsverkehr in Europa vom 30. April 1956 die Anwendbarkeit der Vorbehaltsklausel unter seinen Mitgliedstaaten ausschliesst.

Ist kraft völkerrechtlichen Abkommens ausländischen Luftfahrtunternehmen die Luftbeförderung über französischem Staatsgebiet zu gestatten, bedarf es nach internem französischem Recht - im Gegensatz zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten - keiner weiteren Genehmigung der französischen Zivilluftfahrtbehörden. Vielmehr überlässt es die französische Regierung hinsichtlich des Linienverkehrs der berechtigten ausländischen Regierung, nach den Regeln ihres Heimatrechts die Fluggesellschaft zu benennen, die den zugestandenen Luftverkehr durchführen soll. Diese unterbreitet lediglich ihr Betriebsprogramm dem französischen Verkehrsminister zur Billigung ("approbation"), die in Form einer einfachen Entscheidung ("décision") erfolgt. Hinsichtlich des Gelegenheitsverkehrs wird sogar eine blosse vorherige Benachrichtigung ("notification") durch das betreffende ausländische Luftfahrtunternehmen vom beabsichtigten Flug für ausreichend erachtet.

198 Le Monde Diplomatique, Paris, 20. August 1970, S. 20.

Welches ist nun die Eigenart der "französischen Lösung"?

Dabei ist zunächst ein kurzer Blick auf die Entstehungsgeschichte von Air France, der Gesellschaft Frankreichs, die wir vergleichend für das französische Luftrecht beiziehen wollen, zu werfen. Die Gründung geht auf den 30. August 1933 zurück, als unter dem Namen Air France eine Aktiengesellschaft mit dem Stammkapital von 120 Millionen Francs für die Dauer von 99 Jahren ins Leben gerufen wurde, die aus der Verschmelzung von vier bisher bestehenden französischen Luftfahrtunternehmen und dem Aufkauf eines fünften hervorgegangen war.¹⁹⁹ Am 26 Juni 1945 wurde die bis anhin private Gesellschaft im Zuge der zweiten Nationalisierungswelle in Frankreich, zusammen mit anderen bedeutsamen Zweigen der französischen Wirtschaft, wie Gas, Elektrizität, Bergbau und Atomwirtschaft, verstaatlicht und bestand drei Jahre lang neben zwei anderen gleichfalls nationalisierten Luftfahrtunternehmen, nämlich Air-Bleu und Air France Transatlantique, fort, bis sie durch Gesetz vom 16. Juni 1948 unter Uebernahme der beiden Konkurrenzunternehmen ihre heutige Rechtsform als "compagnie nationale", d.h. als staatliches Unternehmen, erhielt.²⁰⁰

Wie wir vorne S. 147 gesehen haben, ist in Frankreich das System des Linienmonopols durchbrochen und Air France wurde bezüglich des Zugangs zum Linienverkehr lediglich eine Teilmonopolstellung verschafft, wenngleich sie ca. 80 % des gewerblichen französischen Luftverkehrs trägt. Wir finden also im Gegensatz zu Deutschland die nationale Gesellschaft in einem "steigenden Masse von der Regierung teils geduldeten, teils gezielt geförderten Wettbewerb mit weiteren französischen Luftfahrtunternehmen gegenüber: mit der Société Air Inter auf den inländischen Teilstrecken ihrer internationalen Linien, mit der Union des Transports aériens auf ihren Aus-

199 Air-France-Entreprise nationale de transport aériens, a.a.O., S. 10.

200 Loi no. 48-976 vom 16. Juni 1948 J.O. 17. Juni 1948, S. 5863.

landstrecken."²⁰¹ Wenn auch "nur" im Besitze eines Teilmonopols, gilt im französischen gewerblichen Luftverkehr die Air-France als "chosen instrument". Die neben den drei Liniengesellschaften für den in- und ausländischen Gelegenheitsverkehr zugelassenen Luftfahrtunternehmen sind gleichfalls meist als Aktiengesellschaften des französischen Rechts gegründet. Obgleich das Secrétariat général à l'Aviation Civile in den letzten Jahren oft bewusst stimulierenden Wettbewerb nicht nur der Linienunternehmen unter sich, sondern auch mit Gesellschaften des Gelegenheitsverkehrs gefördert hat, sind letztere doch weit davon entfernt, eine wettbewerbliche Gefahr für den Linienverkehr darzustellen. Vielmehr haben sich die zuständigen Behörden in Frankreich, wie auch in Deutschland, den USA und Grossbritannien, dem Gelegenheitsverkehr gegenüber in der Regel als sehr zurückhaltend erwiesen und diesbezüglichen Genehmigungsanträgen nur unter erheblichen räumlichen und zeitlichen Einschränkungen stattgegeben, ja das Genehmigungsverfahren sogar dahin betrieben, dass sie den Antrag der eventuellen Konkurrenten der betroffenen Liniengesellschaften vor der Entscheidung zur Stellungnahme zu-leiteten.²⁰²

Als ungewiss ferner musste zumindest bis zum 8.1.81 die Beziehung von Air France zum Staat bezüglich der finanziellen Unterstützung gelten. Das erste Problem bestand darin, dass es dem Concorde-Betrieb nicht möglich war, ohne die Bedienung von New York kostendeckend zu fliegen. Eine zweite Tatsache, die Aufsplitterung des Betriebes der Air France zwischen den beiden Flughäfen Orly und Charles de Gaulle, setzten die Gesellschaft schweren finanziellen Belastungen aus.

Als drittes darf man nie vergessen - und das ist ein ganz entscheidender Faktor im Unterschied zu den schweizerischen Ver-

201 Dauses, S. 114.

202 Dauses, S. 117.

hältnissen -, dass Frankreich eine eigene Flugzeugindustrie besitzt. So liegen denn auch nach Ansicht des Air-France-Präsidenten Pierre Giraudet die Hauptgründe für die unausgeglichene Finanzlage der Gesellschaft darin, dass die Regierung trotz mehrfacher Mahnung eine Anzahl - von ihr verursachten - einmaligen Belastungen nicht kompensiert hat. Dazu gehört die bisherige WEigerung der Regierung, ein Ersatzprogramm für die 34 alternden Caravelle 3 zu genehmigen und die Kosten der Flugplatz-Zweiteilung zu übernehmen. Man muss davon ausgehen, dass ursprünglich die französische Regierung entschlossen war, eine Beschaffungsentscheidung als Mittel zu verwenden, der französischen Flugzeugindustrie einen wesentlichen Anteil beim Bau eines neuen Verkehrsflugzeugmusters zu sichern. Diese Politik wurde aber aufgegeben. Dazu kommt, dass Air France neben dieser Berücksichtigung der nationalen Flugzeugindustrie bestimmte Strecken ungeachtet der Wirtschaftlichkeit aus Prestigegründen bedienen muss und auf Strecken des französischen Ueberseedepartements völlig unrealistische Tarife berechnen muss. Es dürfte bei derartigen staatlichen Aufgaben tatsächlich schwerfallen, gewinnbringend zu wirtschaften, dazu kommt eben die Tatsache, dass Air France - bis anhin -, obwohl zu 98.88 % im Staatsbesitz, diese Auflage nicht entschädigt erhielt. 1974 erwirtschafteten sie denn auch einen Verlust von 550 Mio. FF!²⁰³

Das hat sich mit den Datum vom 7.1.81 geändert. Zwischen der französischen Regierung und Air France ist am 7.1.81 ein dreijähriger "Unternehmungsvertrag" geschlossen worden,²⁰⁴ der bis Ende 1983 die Finanzrelationen der beiden Partner regelt und weiter das Pflichtenheft der Gesellschaft als öffentlichem Dienst festlegt. Auch für die kommenden drei Jahre wird mit hohen Verlusten gerechnet.

203 Vgl. Interavia 5/1977, S. 474 f.

204 Vgl. NZZ vom 8.1.81, Nr. 5, S. 13.

Solche "Unternehmensverträge" sind Rechtsinstrumente, die im französischen Gebrauch zwischen dem Staat einerseits und dem von ihm ganz oder mehrheitlich beherrschten Wirtschaftsunternehmen geschlossen werden. Solche Verträge existieren unter anderem mit der staatlichen Reederei Compagnie générale Maritime und der Staatsbahn (SNCF). Die Regierung pflegt mit diesem Mittel die Entwicklung der Partnerunternehmen zu programmieren.

Nach dem in diesem Vertrag programmiertes Entwicklungsschema soll Air France 1981 mit einem "ordentlichen Verlust" von 150 Millionen FF abschliessen, ohne Concorde, deren Defizit künftig zu 95 % (bis anhin 70 %) mit Staatsmitteln gedeckt wird.²⁰⁵ 1982 rechnet man mit einem ausgeglichenen Geschäftsergebnis, und 1983 mit einem Reingewinn von 20 Millionen FF. Man vermutet, dass "dieses kostspielige Prestige-Flugzeug in absehbarer Zeit, zumal in Anbetracht der steigenden Kerosinpreise, aus dem Verkehr zurückgezogen wird. In einem Abschnitt des Vertrages wird die Möglichkeit eines Ausfalls von Flugzeugen aus von der Air France nicht verantwortbaren Gründen jedenfalls erwähnt. Dieser Absatz könnte eines Tages auf die Concorde Anwendung finden. Aus begreiflichen Gründen wird diese Möglichkeit gegenwärtig nicht öffentlich in Erwägung gezogen."²⁰⁶ Eine weitere Verlustfinanzierung übernimmt der Staat für institutionell wichtige Verbindungslinien wie nach Korsika und nach gewissen Ueberseegebieten. Daneben ist eine staatliche Kapitaleinlage für das Jahr 1981 von 60 Millionen FF und für die Jahre 1982 und 1983 von je 150 Millionen FF vorgesehen.

205 Er betrug 1980 290 Millionen FF.

206 NZZ vom 8.1.81, S. 13.

Secrétaire général

Administration générale	Inspection générale de l'aviation civile	Services techniques centraux	Services extérieurs
	...		
Direction du Personnel et de l'administration générale	Direction des transports aériens	Direction de la navigation aérienne	Direction des bases aériennes
	...		Delégation française aux comités directeurs Concorde & Airbus
	...		
Sous-direction des affaires internationales	Sous-direction des affaires économiques	Sous-direction technique	

Cabinet

Chef de cabinet	Bureau de cabinet	Conseiller technique
		Conseiller juridique
		Chargé de mission
		Chargé de mission

Grob - Organisation der französischen Luftverkehrsverwaltung

5. Die USA, "The citadel of free enterprise" -
Der amerikanische Luftverkehr²⁰⁷

a) Das Luftverkehrsmonopol

Die Luftfahrtunternehmen Europas sind im wesentlichen als nationale Monopole, meistens mit staatlicher Kapitalmehrheit ausgestattet, die dem protektionistischen Schema des "chosen instrument" folgen. Das gilt für Frankreich, wo sowieso der zentralistische Dirigismus politische Tradition ist, gleich wie für Grossbritannien²⁰⁸ mit der Common-Law-Doktrin der "rule of reason".²⁰⁹ Dazwischen spielt die am 20. Mai 1959 zwischen den nationalen Monopolunternehmen Lufthansa, Air France, Alitalia und Sabena geschlossene sogenannte AIRUNION²¹⁰ im Zusammenhang mit dem EWG-Vertrag, vor allem wegen seiner Ausnahmen (Art. 85 Abs. 3 und Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag, der den grenzüberschreitenden Luftverkehr grundsätzlich vom Kartellverbot des Gemeinschaftsrechts ausnimmt), eine untergeordnete Rolle. Bei der AIRUNION handelt es sich im wesentlichen um ein "Rationalisierungskartell" ohne Rechtspersönlichkeit", das bezweckt, durch rationellste Arbeitsweise finanziell zufriedenstellende Ergebnisse zu erzielen und die Subventionsbedürftigkeit seiner Mitglieder durch gegenseitige Tarifausgleichung, gemeinsame Werbung und Verkauf, Zusammen-

207 Eine umfassende Darstellung der Organisation des amerikanischen Luftverkehrs gibt Gasser, a.a.O. (für die Zeit vor der "Deregulation").

208 Für die USA: Pan Am und übrige; für die BRD: Lufthansa und übrige; für Frankreich: Air France und übrige; für Grossbritannien: British Airways und übrige. In der Schweiz hat man den Linienverkehr einer einzigen Unternehmung übertragen (Art. 103 LFG): der SWISSAIR.

209 Restrictive Trade Practices Act vom 2.8.1956, bzw. Monopolies and Mergers Act vom 5.8.1965.

210 Dazu P.H. Sand, Die Airunion und das Wettbewerbsrecht des gemeinsamen Marktes, ZLW 1960, S. 111 ff. speziell S. 113 und 117.

legung der Flugnetze und zentrale Einsatzsteuerung zu beseitigen.²¹¹

Dagegen hat die amerikanische Luftverkehrswirtschaft grundsätzlich an der Regel des freien Wettbewerbes festgehalten. "American political tradition and the Antitrust Laws make competitive free enterprise both a norm in practice and an ideal of national policy."²¹² Es wird daher so argumentiert, dass freier Unternehmmergeist die höchste Dienstleistungsqualität zu geringsten Kosten gewährleistet, bei Gewinnspannen, die zwar niedrig genug liegen, um konkurrenzunfähige Wettbewerber vom Markt zu entfernen, jedoch hoch genug, um fortschrittlich geführte Unternehmen zu erhalten, wogegen Monopolisierung die entgegengesetzte Wirkung ausübt, indem sie durch Marktkontrolle maximalen Gewinn erstrebt und die Wirtschaftlichkeit der Unternehmen durch Ausschaltung des Unternehmerrisikos beschränkt,²¹³ d.h. auf die "Konzentration der Kräfte" verzichtet, wie z.B. in der Schweiz.

Der Wortlaut der amerikanischen Antitrust Laws, die zur historischen Grundlage der Kartellgesetzgebungen zahlreicher Staaten freier Marktwirtschaftsstruktur wurden, spiegelt den Geist freien Unternehmertums der Jahrhundertwende, der heute noch weiterlebt, ungebrochen wider. So kann es schliesslich nicht überraschen, dass die amerikanischen Luftverkehrsgeellschaften ausschliesslich private Gesellschaften sind. Das heisst nicht, dass sie frei von staatlichem Einfluss wären, er fliesst nur durch andere Kanäle.

211 P.H. Sand, S. 115 und 117, zit. S. 156, Anm. 210.

212 Louis B. Schwartz, Legal Restriction of Competition in the regulated Industries: An Abdication of Judicial Responsibility, Harvard Law Review, 1953-1954, S. 436 ff., hier S. 436.

213 David W. Bluestone, The Problem of Competition among Domestic-Trunk-Airlines - Part II "Air Law", 1954, S. 50 ff.

b) Die neue Politik der "open skies"²¹⁴

Der Luftverkehr der USA wird von zwei staatlichen Behörden beaufsichtigt:

- Der Federal Aviation Administration (FAA) und der
- Civil Aeronautics Board (CAB).

Der FAA unterliegt die Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs. Der CAB dagegen besorgt die wirtschaftspolitische Seite. Hier hat es nun in der amerikanischen Luftfahrtgeschichte eine gewaltige Zäsur gegeben.

Unter seinem damaligen Präsidenten A. Kahn hat sich der Board vorgenommen, die bislang gültige Preisfixierung, Marktaufteilung und Kapazitätsbeschränkung aufzulösen. Während bisher auf jeder zu befliegenden Strecke immer nur wenige Fluggesellschaften zugelassen waren, wobei auf dieser Strecke auch von allen Gesellschaften der gleiche Flugpreis berechnet werden musste und der Neuzuqang zu einem Markt unter der Berücksichtigung einer strengen Erfordernisprüfung geregelt worden war, so sollen nun alle Wettbewerbsbeschränkungen fallen, und jede Fluggesellschaft, die dazu willens und bereit ist, soll nunmehr nahezu jede beliebige inneramerikanische Strecke zu einem beliebigen Flugpreis befliegen dürfen. Die ursprüngliche Politik des CAB hatte nämlich zur Folge, dass die grossen Fluggesellschaften, die sogenannten "trunk carrier", wie United als grösste westliche LVG überhaupt, American, Delta, Eastern und TWA ungefähr zwei Drittel des gesamten Passagieraufkommens beförderten. Unter dem neuen Schlagwort der "open skies" sollte nun die Vormachtstellung der "grossen Fünf" beseitigt werden. Im Zusammenwirken mit den Luftfahrtbehörden einiger europäischer Staaten ist es dem CAB bereits

214 Vgl. W.D. Müller-Rostin, Die Politik der "open skies" des amerikanischen Civil Aeronautics Board, in: Schweizerische Zeitschrift für Verkehrswissenschaft, Nr. 4, Dezember 1978, 33. Jg. S. 7 ff.

Die Entwicklung in den USA ist allerdings unabsehbar.

gelingen, diese Politik auch für den Nordatlantikverkehr durchzusetzen. Erste Folge dieser Politik waren ein deutliches Absinken der Flugpreise (bis 50 %!) und wesentlich besser ausgelastete Flugzeuge, vordergründig vor allem ersteres zweifellos ein Gewinn für den Passagier. Zu übersehen sind aber nicht die Gefahren dieser Politik, die unseres Erachtens den Nutzen überwiegen und sich vermutlich in ihrer vollen Stärke erst in den kommenden Jahren auswirken werden.

- Die Flugpreissenkungen können dazu führen, dass nur die wirtschaftlich gesündesten Fluggesellschaften überleben und vor allem die Chartergesellschaften Marktanteile an die Liniengesellschaften verlieren, da der Preisunterschied zusammengeht. Erste Opfer hat diese Politik bereits gefordert. Ende Juli 1978 musste die bekannte Chartergesellschaft Overseas National Airways ihren Betrieb einstellen, ferner suchen sich einige Gesellschaften durch Zusammenschluss zu retten.
- Die gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung wird gefährdet, denn unrentable Linien müssen jetzt erst recht eingestellt werden und abgelegene Gebiete werden nicht mehr versorgt.
- Es ist allgemein eine intensivere Verkehrsbewegung zu erwarten. Die Folge sind eine grössere Umweltbelastung und hoher Treibstoffverbrauch.

Daneben hat diese neue Politik die IATA neu geformt. Bisher wurde an ihren Konferenzen nach dem Prinzip der Einstimmigkeit über Tarife beschlossen. Das CAB hat diese ursprüngliche "eiserne IATA-Regel" auf dem Nordatlantik durchbrochen. Dies wird als Deregulation bezeichnet.²¹⁵ Die IATA verlor die Anti-Trust-Immunität, was sich aber gegenwärtig bereits wieder in rechtlicher Ueberprüfung befindet.

215 Vgl. Hellmuth St. Seidenfus, "Regulation" und "Deregulation" im Verkehr, - Stand der Diskussion um "Liberalisierung" des Verkehrssektors in den USA, in: Internationales Verkehrswesen 1978, S. 283.

c) Der Airline Deregulation Act 1977^{216,217}

aa) Allgemeines

Wir müssen also davon ausgehen, dass der Staat in den USA in den Luftverkehrsgesellschaften selbst, sei es als Aktionär, Mitglied der Direktion oder als Verwaltungsrat nicht vertreten ist. Die Wahrung der nationalen Interessen geschieht also durch FAA und CAB. Mit den schweizerischen Verhältnissen verglichen werden kann also nicht das Recht der Luftverkehrsgesellschaft, sondern die Ausgestaltung des staatlichen Einflusses über die Behörden. Er stellt ferner die aktuellste Formulierung der amerikanischen Luftverkehrspolitik dar. Das Mandat des CAB ist definiert in zehn Punkten. Diese Prinzipien sind als im öffentlichen Interesse liegend zu betrachten bei zwischenstaatlichem und überseeischem (interamerikanischem) Lufttransport. Die zehn Punkte behandeln die Ziele bezüglich Sicherheit, Wettbewerbsstruktur (Konzentration, übermässige Marktbeherrschung, Monopole, Preispolitik), Förderung und Aufrechterhaltung des Lufttransportsystems, speziell die Zutrittserleichterung neuer und die Störung bestehender Gesellschaften.

Hinsichtlich des ausländischen Lufttransportes werden als im öffentlichen Interesse liegend erachtet die Förderung eines zeitgemässen Wettbewerbes und eine begrenzte Regulierung des Lufttransportes.

-
- 216 Vgl. zu der früheren Fassung Dausen, Die Luft- und Raumfahrtverwaltung in den Vereinigten Staaten - Aufgaben und Befugnisse der Bundesbehörden, ZLW 1973, S. 182 ff., 194 f.
- 217 Der Act wird nach der Textausgabe der Aviation Law Reports (Commerce Clearing House; Inc.) Number 673, Extra Edition, vom 30.10.1978 zitiert. In dieser Ausgabe findet sich auch der Conference Report mit Uebersichten über die vom Senat und Repräsentantenhaus verabschiedeten Gesetzesentwürfe.

bb) Die neue Genehmigungspraxis

Die abgeänderte Section 401 (d) des Federal Aviation Act sieht eine radikale Änderung der Bestimmungen hinsichtlich der Erteilung von Genehmigungen vor. Im Falle der Beantragung der Genehmigung zum inneramerikanischen Lufttransport hat das CAB die Genehmigung zu erteilen, wenn es den Bewerber für gewillt, geeignet und in der Lage hält, diese Beförderung auch zu führen, und sofern diese Beförderung den öffentlichen Verkehrsbedürfnissen entspricht. Vor allem die Beweislast nun ist interessant geregelt. Der Bewerber hat die Beweislast dafür, dass er gewillt, geeignet und in der Lage ist. Ein Gegner eines solchen Antrages hat also die Beweislast dafür, dass dieser Lufttransport nicht im öffentlichen Interesse liegt. Ferner sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass ein solcher Lufttransport grundsätzlich als im öffentlichen Interesse liegend angesehen wird, es sei denn, dass das CAB aufgrund von überwiegendem Beweismaterial zu dem Ergebnis kommt, dass eine solche Beförderung doch nicht im öffentlichen Interesse liegt.

cc) Das Automatic Market Entry Program

Abs. 7 von Section 401 (d) des Federal Aviation Act von 1958 in der Fassung des vorliegenden Airline Deregulation Act sieht in diesem Programm vor, dass Luftverkehrsgesellschaften in den Jahren 1979 bis 1981 einen Dienst auf einer zusätzlichen Route beginnen können, und zwar ohne eine formelle CAB-Genehmigung. Das CAB kann eine solche Genehmigung nur dann versagen, wenn es feststellt, dass der Bewerber nicht gewillt, geeignet und in der Lage ist, diesen Dienst zu erbringen und sich nach den übrigen Bestimmungen des Act zu richten.

dd) Die Genehmigung von Vereinbarungen

Alle Vereinbarungen, die Auswirkungen auf die inneramerikanische Beförderung haben, müssen dem CAB zur Genehmigung vorge-

legt werden. Bei der Entscheidung hat es zu berücksichtigen, ob die Vereinbarung im öffentlichen Interesse liegt, wobei diese dann nicht in Betracht kommt, wenn die Vereinbarung den Wettbewerb wesentlich reduziert oder gar beseitigt.

ee) Unentbehrlicher Lufttransport und Subvention

Das Gesetz garantiert durch die neue Bestimmung der Section 419 der Federal Aviation Act den Lufttransport für die Dauer von zehn Jahren zu allen Städten, auf die sich die Erlaubnis der Fluggesellschaft im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes erstreckt, einschliesslich solcher Strecken, auf denen eine Luftverkehrsgesellschaft ihre Dienste auf diesen Zeitpunkt suspendiert hat. "Unentbehrlicher Transport" ist definiert, dass keinesfalls weniger als zwei Hin- und Rückflüge pro Tag zur Verfügung stehen müssen, und dies während fünf Tagen pro Woche, oder im Falle einer Abweichung vom Vorstehenden, dass dieselben Dienste wie im Jahr 1977 angeboten werden. Will eine Luftverkehrsgesellschaft, die eine solche Stadt bedient, ihren Dienst einschränken, hat sie fristgerecht entsprechende Anzeige beim CAB zu erstatten, das den Fall dann regelt. Es kann die Fortsetzung der Flugdienste durch die aufgehende oder neu bestimmte Luftverkehrsgesellschaft für eine bestimmte Zeitdauer nur bei gleichzeitiger vom CAB festgesetzter Subventionszahlung verlangt werden.

ff) Die Flugpreise

Section 1002 (b) des Federal Aviation Act 1958 wurde wie folgt abgeändert: Die Luftverkehrsgesellschaften sind, ohne vorherige CAB-Zustimmung berechtigt, die Flugpreise um 50 % unter oder 5 % über der "Standard Industry Fare" zu ermässigen bzw. zu erhöhen. Dieses Befugnis erstreckt sich allerdings nicht auf Luftverkehrsgesellschaften, die mehr als 70 % eines bestimmten Verkehrs beanspruchen. Die "Standard Industry Fare" wurde durch die Flugpreise des 1. Juli 1977 bestimmt, bzw.

wird neu bestimmt durch das CAB aufgrund der tatsächlichen Aenderung der Betriebskosten.

d) Würdigung

Die amerikanische Luftfahrt, die mit dem alten System ihre Gewinnchancen schwinden sah, sucht jetzt also ihr Heil in der grösstmöglichen Liberalisierung seines Luftverkehrssystems. Der Staat wacht nur noch über die Wahrung eines bestimmten öffentlichen Interesses, und in diesem Rahmen überlässt er weitgehend die Gesellschaften dem freien Spiel des Marktes. Wie oben schon angetönt, ist der Passagier, solange tatsächlich auf der Kostenseite abgebaut wird, Nutzniesser dieser Politik. Dennoch könnte sich langfristig für die amerikanischen Gesellschaften die neue Politik als Bumerang erweisen, d.h. nicht für alle, denn es wird Tote und Ueberlebende geben. Nach zwei Jahren Deregulation lässt sich folgendes sagen:

Im ersten Halbjahr 1980 haben alle US-Luftverkehrsgesellschaften zusammen einen Gesamtverlust von 475 Millionen \$ erwirtschaftet, während sie in der Vergleichszeit des Vorjahres einen Betriebsgewinn von 247 Millionen \$ ausweisen konnten. Für das Gesamtjahr 1980 steht der schwerste Betriebsverlust der US-Luftverkehrsgesellschaften in ihrer Geschichte bevor.

Von den neun grossen Gesellschaften (Trunk Lines) hatte im ersten Halbjahr 1980 eine einzige (Delta) einen Gewinn ausgewiesen; die anderen acht flogen zum Teil tief in die roten Zahlen mit einem Gesamtverlust von 383 Millionen \$. Daran entfielen allein 141 Millionen \$ auf Pan American, "die sich anscheinend unter dem Eindruck dieses Debakels zum Verkauf ihres Wolkenkratzers in Manhattan entschlossen hat". Direkt betroffen ist auch Braniff. Dieses Unternehmen, das noch im Jahr 1979 unter der neuen Politik heftig expandierte, hat nun für 180 Millionen \$ fünfzehn noch ziemlich neue Boeing 727-200 verkauft, um Bankforderungen begleichen zu können.²¹⁸

Es ist richtig, dass anfänglich die Deregulation-Policy vor allem in den USA und Grossbritannien einen Boom ausgelöst hat, doch unter dem Einfluss der rapide steigenden Erdölpreise und der damit verbundenen Regression ist sie für die meisten Gesellschaften zum Bumerang geworden. Man bedenke, dass z.B. vor zehn Jahren 9 % der Betriebskosten auf den Treibstoff entfielen, heute sind es 25 % und mehr. Ruinös wird die Entwicklung für Schwachwährungsländer, wo der Anteil der Treibstoffkosten mit 35 % zu Buche steht.

Es ist ebenso richtig, dass es Missstände im Luftverkehrssystem gibt, wie z.B. die zum Teil prohibitiv wirkende Landegebührpolitik gewisser Flughäfen. Aber: Nach den Erfahrungen der letzten zwei Jahre muss man sagen, dass das "alte" System so schlecht nicht war. Sicher hat neben der neuen Politik die Treibstoffentwicklung eine entscheidende Rolle mitgespielt, dass es zu diesem Debakel kam, aber man kommt nicht umhin festzustellen, dass gegenwärtig die amerikanische Luftfahrt an ihrem eigenen Grab schaufelt, die "citadel of free enterprise" wird nicht gestärkt, sondern sie verliert ihre Krieger.

Die gegenwärtige amerikanische Luftfahrtspolitik trägt dazu bei, ein Weltluftfahrtsystem, das sich bewährt hat, funktionsunfähig zu machen. Seine Institutionen, wie z.B. allen voran die IATA, haben eine verlässliche Ordnung geschaffen und innerhalb dieser einen Wettbewerb ermöglicht, so dass es schwerfällt, heute eine Ware oder Dienstleistung zu finden, bei der der Vergleich der Preis-Indices über die Jahre so günstig ausfällt wie im Luftverkehr. Diese tarifbildende Funktion der IATA ist in den letzten zwei Jahren einseitig durch das CAB weitgehend ausser Kraft gesetzt worden. Es hat die vereinbarten Tarife so häufig nicht akzeptiert (Einstimmigkeit!) oder sie in letzter Minute ausser Kraft gesetzt, dass es praktisch unmöglich wurde, zu internationalen Vereinbarungen zu kommen. Das CAB hat sich quasi selbst zur neuen zentralen Autorität des Weltluftverkehrs erhoben, ohne dazu internatio-

nal legitimiert worden zu sein, ignorierend, dass das weltweite System Alleingänge nicht erträgt, dass es auf Partnerschaft bauen muss.

Ebenfalls düster sieht es aus mit der Flottenerneuerung. Allgemein gilt der Grundsatz, dass ein Luftverkehr, der seine Abschreibung nicht verdient, keine Flugzeuge kaufen kann. Wie sollen sich die US-Gesellschaften in Zukunft finanzieren? Ein Blick in die Pan-Am-Jahresberichte zeigt, dass sie ihre Flugzeuge über 18 Jahre abschreibt, während z.B. die SWISSAIR und Lufthansa über 10 Jahre abschreiben. Das vom CAB vorgesehene "return on investment" mit einer Norm von 12 % bedeutete für die US-Trunk-Carrier einschliesslich Pan Am, in den Jahren 1969 bis 1975 5,6 Milliarden \$ zu erwirtschaften. Tatsächlich wurden es nur 0,6 Milliarden \$. Es fehlten also 5 Milliarden \$. Die Folge war die Rückstellung von Beschaffungen, was zur Ueberalterung der Flotte und zu einem Nachfragestau geführt hat. Geschickt verhielt sich in dieser Flaute für die Flugzeugbauer die Lufthansa, die unter günstigen Konditionen ihre gesamte Jumbo-Flotte erneuerte. Das durchschnittliche Alter der Flugzeuge der US-Trunk-Lines einschliesslich Pan Am betrug 1976 8,4 Jahre. 71 % dieser Flotte = 1250 Flugzeuge waren älter als 8 Jahre. Neue Flugzeuge sind von 1982 nicht zu erwarten. Zu dieser Zeit wird dann eine erhebliche Zahl von Flugzeugen im Einsatz sein, die 20 Jahre alt sind. Für die Zeit von 1975 bis 1985 wird der Kapitalbedarf der Trunk-Lines rund 40 Milliarden \$ betragen. Wenn man bedenkt, dass z.B. Lufthansa und SWISSAIR, von einer Rendite ausgehend, weitgehend bereits den Park erneuert haben, während jene Gesellschaften diese gewaltigen Investitionen bei seit Jahren schlechterer Rendite oder Riesenverlusten noch vor sich herschieben müssen, ohne ihnen aber entrinnen zu können, muss zumindest das gegenwärtige Festhalten an der neuen Politik mehr als erstaunen, weil es ja doch immerhin amerikanische Gesellschaften sind.

Die amerikanischen Behörden werden einsehen müssen, dass sie auf einem Irrweg wandeln, ausser, sie wollen tatsächlich Gesellschaft um Gesellschaft opfern. Sie müssen weiter erkennen, dass man ein gewisses Luftverkehrssystem nur mit Verhandlungen und Kompromissen erhalten kann und nicht durch ein egoistisches Niederwalzen jeder Opposition. Die neue Politik ist an den Zeichen der Zeit wie Treibstoffteuerung und Umweltschutzbewusstsein unseres Erachtens bereits gescheitert.

e) Zusammenfassung und Hauptunterschiede zu den europäischen Verhältnissen

- Die US-Luftverkehrsgesellschaften sind ausschliesslich rein privater Natur, ohne staatliche Kapital- und/oder Verwaltungsbeteiligung organisiert.
- Der Staat interveniert ausschliesslich über die FAA und das CAB.
- Jede amerikanische Luftverkehrsgesellschaft kann jede beliebige inneramerikanische Strecke zu beliebigem Preis befliegen. Diese Politik hat sich auf dem Nordatlantik bereits ebenfalls z. T. durchgesetzt. (Nicht umfassend akzeptiert)
- Eine US-Luftverkehrsgesellschaft kann Betriebssubventionen empfangen, wenn sie eine unprofitable Linie befliegen muss. Sie bilden aber die Ausnahme. Das CAB wacht über die Aufrechterhaltung des "unentbehrlichen Verkehrs".²¹⁹
- Von einer als solchen organisierten gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung kann in den USA keine Rede sein. Der Staat greift lediglich beim Eintreten von Extremsituationen über das CAB ein.

Vergleicht man die Hauptdeterminanten der US-Luftverkehrspolitik mit denjenigen Europas, so muss man zugeben, dass sich der US-Luftverkehr ein grosses Stück "Freiheit der Luft" zurückge-

²¹⁹ Vgl. vorn S. 162 ee).

holt hat, aber die Realität zeigt, was sie bedeutet. Am Schluss wird sie vielleicht für die Überlebenden Gesellschaften bestehen, aber die, die ihre Opfer geworden sind, müssen den Begriff dieser neuen Freiheit brutal relativieren.

C. RESULTATE UND THESEN

I. ALLGEMEIN

Unter dem Titel der externen Bindungen der Luftverkehrsgesellschaften betrachteten wir die nicht über die Organe der Gesellschaft selbst unsetzbaren staatlichen Einflüsse.²²⁰

Zusammenfassend kommen wir zu folgenden Schlüssen:

Wir gehen von der Verkehrshoheit des Staates aus. Bestandteil ist die Lufthoheit, Rechtsfolge davon das verfassungsrechtliche Luftverkehrsmonopol des Staates als Grundnorm einer umfassenden Gesetzgebungskompetenz mit bekannter Auslegung. Der Bund kann das Monopol selbst, beispielsweise durch eine öffentlichrechtliche Anstalt, nutzen oder zum Gegenstand staatlicher Verleihung machen, durch Konzessionierung. Der Konzessionär erfüllt dann eine öffentliche Aufgabe anstelle des Staates. Dies gilt nur für den öffentlichen Verkehr. Linienluftverkehr trägt aber den Charakter eines öffentlichen Verkehrsdienstes. Damit sind bestimmte öffentliche Interessen verbunden, für deren Wahrung der Staat verantwortlich ist. Dabei spielt es zunächst keine Rolle, ob es sich um einen Staatsbetrieb oder einen konzessionierten Privatbetrieb handelt; die Rahmenvoraussetzungen sind identisch; sie gelten für alle Unternehmen des bestimmten Wirtschaftsbereiches,

220 Da der Luftverkehr der Schweiz gegenwärtig eigenwirtschaftlich ist, wurde die Subvention nicht behandelt. Vgl. aber dennoch das folgende und ausführlich dazu Nievergelt, a.a.O.

unabhängig von ihrer Rechtsform. Der staatliche Eigenbetrieb bedeutet aber automatisch staatliche Eigenverantwortlichkeit für die öffentliche Aufgabe. Wird dagegen die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe "verliehen" an einen Privaten, muss auch die Verantwortlichkeit übergehen, d.h., er übernimmt die Rechte und Pflichten des Staates. Dabei bedeuten die übernommenen Pflichten im Monopolbereich des Staates keinen störenden Eingriff in die private Autonomie der privaten Gesellschaft; die mit der Verleihung verbundenen öffentlichen Bindungen reduzieren lediglich der Verleihungsgegenstand auf einen staatlich verantwortbaren Umfang in einem Bereich, der sowieso primär dem Staat und nicht der Privatwirtschaft vorbehalten ist, wodurch der Beliehene im Umfang der verliehenen Rechte als Privatbetrieb privatwirtschaftliche Freiheiten gewinnt und nicht verliert. Die Feststellung, die privatwirtschaftliche Autonomie der konzessionierten Privatunternehmung, die in einem staatlichen Monopolbereich tätig wird, sei in ungesetzlicher Weise gefährdet, kann deshalb nicht zutreffen.²²¹

Da im Bereich der Privatwirtschaft von anderen übergeordneten Leitbildern ausgegangen wird als in der Staatswirtschaft, muss der Staat kraft seiner "Oberverantwortung" bei der Ausübung der Staatsaufgaben durch einen Privaten dafür sorgen, dass der Private, gleich wie es der Staat per definitionem selber automatisch tun müsste, die Staatsinteressen, verstanden als Wahrung der Interessen der Allgemeinheit, gleichfalls wahrnimmt. Dabei bedient sich der Staat verschiedener Instrumente. Er erlässt zunächst als Fundament für den entsprechenden Bereich hoheitlich Sondervorschriften, an die er in der Folge selbst gebunden ist oder an die er im Falle der Verlei-

221 Dazu kommt, dass es meistens der Private ist, der im Wissen um die rechtliche Normierung, die auf ihn zukommt, das Gesuch stellt, im staatlichen Monopolbereich tätig werden zu wollen.

hung den Beliehenen binden will, resp. binden muss. Sodann ist das in diesem Bereich tätigwerdende Unternehmen öffentlich bzw. gemeinwirtschaftlich gebunden. Die Bindung besteht in den Voraussetzungen, an denen die Zulassung geknüpft wird, und die Pflichten, die während der gesamten nachmaligen Tätigkeit zu erfüllen sind. Dies haben wir am Beispiel der SWISSAIR im voranstehenden zweiten Teil gezeigt. Die SWISSAIR ist öffentlich bzw. gemeinwirtschaftlich (extern) gebunden. Begrifflich sind sämtliche Elemente der gemeinwirtschaftlichen Bindung²²² vorhanden. Die Grenze bildet der ganz spezielle Transportcharakter des Luftverkehrs, der stellenweise eine grosse Intensität dieser Bindungen nicht zulässt. Namentlich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der SWISSAIR sind zum Teil locker ausgestaltet; die Genehmigungsvorbehalte der Kontrollstelle verstärken aber insgesamt die inhaltlich lockere Ausgestaltung wieder.

II. DIE KONZESSION ALS OEFFENTLICH-RECHTLICHES INSTRUMENT EBEN NUR DER INTERVENTION

Das eigentliche Charakteristikum dieser externen öffentlichen Bindung der Luftverkehrsgesellschaft ist aber ein anderes: Wenn auch sicher ist, dass die Konzessionierung und allenfalls die Subventionierung geeignete Mittel einer staatlichen Einflussnahme sind, so muss doch auf der anderen Seite festgestellt werden, dass der Einfluss, namentlich der Konzession, eine reine Form der Intervention, aber eben nur der Intervention darstellt, d.h., dieser Einfluss kann nur da wirksam werden, wo eine private Initiative zum Handeln besteht. Sie gibt dem Staat nur eine sehr beschränkte Möglichkeit, mit diesem verwaltungsrechtlichen Instrument die Unternehmens-

222 Gemäss Definition von v.Eynern, der der Verfasser folgt.

tätigkeit zu beeinflussen. "Beispielsweise wird der Staat zum Betrieb einer Luftverkehrsline nach Amerika erst dann etwas zu sagen haben, wenn dafür eine Konzession verlangt wird; erst dann kann er seine Bedingungen fixieren. Verlangt aber niemand eine Konzession, so erhält die Schweiz eben auch keine direkte Luftverkehrsverbindung nach Amerika, so sehr diese im staatlichen Interesse läge. Es ist klar, dass der Staat die Einholung der Konzession durch die Zusicherung von Subventionen animieren kann. Aber auch hier ist zu bedenken, dass die Subvention als Anreiz nur so lange wirksam ist, als der Luftverkehr ihrer auf allen Teilstrecken des Netzes bedarf."²²³

Diese Feststellung Celios ist absolut zutreffend. Die Konzession, zusammen mit den ihr übergeordneten Verordnungen und Gesetze ist nur in ganz beschränktem Umfang im Sinne einer "Absteckung des Tätigkeitsfeldes" geeignet, die Willensbildung des Unternehmens mitzubestimmen. Nur wenn die Konzession auf Zeit verliehen wurde und erneuert werden muss, bietet sich die Gelegenheit, Einfluss auf die zukünftige Geschäftspolitik zu nehmen.²²⁴

Bedeutsam ist ferner die marktregulierende Funktion der Konzession, die vor dem Verfassungsrecht standhält. Die staatlichen Interessen, die über die Konzession unter der Aufsicht der Kontrollstelle gewahrt werden können, sind begrenzt und anderer Art als diejenigen, die die interne öffentliche Bindung in den Organen der Aktiengesellschaft ausmachen.

Das öffentlich-rechtliche Instrumentarium garantiert im wesentlichen die (begrenzte) gemeinwirtschaftliche Verkehrsbe-

223 Exposé Celio, S. 26. Man beachte aber immerhin die Möglichkeit von Art. 3 Abs. 2 letzter Satz der SWISSAIR-Konzession.

224 Dies wurde dann auch in der Schweiz als Mangel erkannt und empfunden, was schliesslich ausschlaggebend war für die spätere Rechtsform der SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Unternehmung, was diesen Mangel beseitigte.

dienung im Linienluftverkehr als öffentlichem Verkehrsdienst. Das bisher Erarbeitete zeigt mit anderen Worten folgendes:

Der öffentliche Luftverkehr auf Linien als gewerbsmässiger, regelmässiger und jedermann zugänglicher Verkehr kann nicht massiv mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verknüpft werden. Neben den verkehrsarttypischen, natürlich bedingten Einschränkungen stellt jedoch auch die durch den Gesetzgeber getroffene Einschränkung des Umfanges der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, namentlich der Grundpflichten, den öffentlichen Luftverkehr als gemeinwirtschaftlich gebunden nicht grundsätzlich in Frage. Vielmehr wurden Bindungen dort errichtet, wo sie möglich und sinnvoll waren. Abgeschwächt wird ihre Bedeutung dadurch, dass sie von der SWISSAIR ein Verhalten abfordern, welches sich aus technisch-ökonomischen Ueberlegungen zum Teil sowieso aufdrängen würde. Aus diesen Gründen wird die SWISSAIR, die sich von allem Anfang an selbst als Linienluftverkehrsunternehmen verstanden haben wollte, bestimmten Verpflichtungen immer schon von sich aus nachkommen müssen.

3. T E I L : DIE INTERNE BINDUNG DER LUFTVERKEHRSGESELLSCHAFT UEBER IHRE ORGANE, AM BEISPIEL DER SWISSAIR MIT VERGLEICHEN

A. DIE SWISSAIR ALS GEMISCHTWIRTSCHAFTLICHE UNTERNEHMUNG

I. DIE LUFTVERKEHRSPOLITISCHE AUSGANGSLAGE NACH DEM ZWEITEN WELTKRIEG ALS BESTIMMUNGSFAKTOR DER RECHTSFORM DER KUENF- TIGEN NATIONALGESELLSCHAFT

Zahlreiche Hinweise zur Beschaffenheit dieser Ausgangslage liefert uns vor allem das bekannte Exposé Celio¹, "Die Organisation des Schweizerischen Luftverkehrs" vom März 1946 und die LFPO 53.

An einer ersten Stelle verweist Celio auf die Sozialverantwortung des Staates im Hinblick auf die Schaffung einer nationalen Luftverkehrsgesellschaft: "Wenn aber feststeht, dass der Luftverkehr mehr ist als ein Betätigungsfeld privater Unternehmungslust, wenn seine richtige Besorgung aus allgemeinen volkswirtschaftlichen Erwägungen gefördert werden muss, dann erwächst dem Staat die Pflicht, die Entwicklung so zu fördern und zu lenken, dass mit den eingesetzten Mitteln ein möglichst grosser Nutzen für die Gesamtheit erzielt wird."²

"Anlässlich der Beratung des Finanzprogrammes in der Dezember-session des letzten Jahres 1945] hat sodann Herr Nationalrat Dr. Oprecht [soz.] ein Postulat folgenden Wortlautes eingebracht: 'Der Bundesrat wird eingeladen, darüber Bericht zu erstatten und Antrag einzubringen, ob nicht der zivile Luftverkehr in Form einer schweizerischen Luftverkehrsgesellschaft zu nationalisieren sei.'"

1 Im Jahre 1946 Bundesrat als Vorsteher des PED.

2 Exposé Celio, S. 3.

In seiner Begründung wies Herr Nationalrat Dr. Oprecht auf den Umstand hin, dass der schweizerische Luftverkehr sich in den Händen privater Gesellschaften, der SWISSAIR und der Alpar, befinde. Das Aktienkapital dieser Unternehmungen stehe in keinem Verhältnis zu den tatsächlichen Aufwendungen, welche zu machen seien, und an die der Staat auch beitragen müsse. Bei der SWISSAIR sei der Staat im Verwaltungsrat nicht vertreten, habe also auf die Leitung der Gesellschaft keinen Einfluss; bei der Alpar sei es ähnlich; immerhin habe der Kanton Bern dort indirekt etwas zu sagen: durch die Baudirektion. - Wenn aber Bund, Kantone und Gemeinden derartig gewaltige Mittel aufbringen müssen, um den Betrieb der Luftverkehrsgesellschaften zu ermöglichen und zu fördern, so sei er auf der anderen Seite auch an diesen Gesellschaften interessiert und verpflichtet, sein Mitspracherecht zu sichern.³

An der gleichen Stelle führt Celio ein Schreiben des Regierungsrates des Kantons Zürich an den Bundesrat vom 14. Februar 1946 an und zitiert folgende Stelle:⁴ "Was den staatlichen Einfluss auf die Luftverkehrsgesellschaften anbelangt, so haben es der Regierungsrat des Kantons Zürich und der Stadtrat Zürich schon lange als Mangel empfunden, dass sie nicht im Verwaltungsrat der SWISSAIR vertreten sind. Kanton und Stadt Zürich haben den Luftverkehr seit 1923 durch Subventionen unterstützt, die bis Ende 1945 einen Betrag von total Fr. 1'911'021.- erreicht haben. Sie glauben deshalb, einen Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat der SWISSAIR oder einer an ihre Stelle tretenden neuen Gesellschaft geltend machen zu dürfen, um dadurch vermehrt Einsicht in den Betrieb und einen Einfluss auf die Gestaltung des Luftverkehrs zu erlangen."

3 Exposé Celio, S. 4.

4 Ebd. S. 4 f.

Sodann weist Celio auf das Luftverkehrsmonopol des Bundes in Art. 37^{ter} BV hin. Wie oben theoretisch erläutert, bewegen wir uns in einem Wirtschaftszweig, wo der Private auf die Partnerschaft mit den Gemeinwesen wegen dessen Monopolstellung angewiesen ist. In der Folge wurde für die Schweiz im Luftfahrtgesetz das Konzessionssystem im Luftverkehr eingeführt. Der Entwurf des schweizerischen Luftfahrtgesetzes steckte unausweichlich den Spielraum für die nachmalige nationale Luftverkehrsgesellschaft ab, vor allem in den Art. 21 (Konzessionspflicht) und 87 (gemischtwirtschaftlicher Charakter). Die privaten Interessen hätten sich also im ungünstigsten Fall lediglich fügen können. Es war aber tatsächlich so, dass auch von privater Seite die Partnerschaft nicht nur akzeptiert, sondern begrüsst wurde, stellte doch beispielsweise Art. 87 des Vorentwurfs des Luftfahrtgesetzes öffentliche Unterstützung im Krisenfälle in Aussicht.

Zur Konzession äussert Celio: "Allgemein ermöglicht die Unterstellung des Luftverkehrs unter die Konzessionspflicht, einer Ueberdimensionierung des Netzes und ungesunder Konkurrenzierung vorzubeugen."⁵ Auch dagegen dürften die privaten Interessen kaum etwas eingewendet haben, wurde ihnen doch damit im Inlandbereich quasi ein konkurrenzloses und somit einträgliches Betätigungsfeld aufgetan.

"Da der Luftverkehr vorderhand nicht eigenwirtschaftlich ist, bedarf er der Subventionen. Diese werden aber nicht schlechthin als Defizitdeckung ausgerichtet, sondern mit dem allgemeinen Ziel einer kontinuierlichen Verbesserung der Betriebe."⁶ Schon hier bahnt sich ein Konsens der Partner unter dem Titel der "Eigenwirtschaftlichkeit" an, wobei auch hier wohl keine Einsprachen der privaten Interessenten aufgekommen sein dürfte, da der Bund mit dieser Massnahme den Betrieb gewisser-

5 Exposé Celio, S. 11.

6 Ebd. S. 11.

massenzuerst einmal "auf die Beine geholfen hat". Sanierungsgründe veranlassten in der Vergangenheit auch schon oft private Wirtschaftsunternehmen, Kapitalhilfen der öffentlichen Hand zu erbitten. So entstanden unter anderem gemischtwirtschaftliche Unternehmungen. Ebenso war im Jahr 1946 klar, dass weder die öffentliche Hand noch die privaten Interessen allein die künftige Nationalgesellschaft würden finanzieren können. "Das grosse Interesse an der Luftfahrt, welches heute allgemein feststellbar ist, erlaubt den Schluss, dass ein erheblicher Teil (!) der benötigten finanziellen Mittel aus privater Hand erhältlich sein wird."⁷

Die wohl entscheidende Aussage Celios hat schliesslich sogar Einzug gefunden in den Bericht des Bundesrates: "Der Ruf nach einer Verstärkung des staatlichen Mitspracherechtes ist ... begreiflich.

Die radikale Lösung wäre die der Verstaatlichung, und wenn wir uns für sie entschlössen, so würden wir damit dem Beispiel eines grossen Teiles der europäischen Staaten folgen. Ich glaube aber, dass es für die Schweiz verfehlt wäre, diesen Weg zu beschreiten. Die Gründe, welche in jenen Staaten dazu führten, den Luftverkehr staatlichen Betrieben zu übertragen, liegen bei uns nicht vor. Die Schweiz hat keine Kolonien, sie bedarf daher auch keiner sogenannten imperialen Linien, dazu bestimmt, ohne Rücksicht auf kaufmannischen Nutzen oder Schaden, eine rasche Durchsetzung der Staatsgewalt in weit entfernten Gebieten zu ermöglichen. Der Luftverkehr der Schweiz ist ausschliesslich ein Instrument der Volkswirtschaft, und da er in der Hauptsache der Herstellung internationaler Verbindungen dient, ist für seine Besorgung grundsätzlich die vorwiegend privatwirtschaftlich orientierte Unternehmung dem reinen Staatsbetrieb vorzuziehen. Die private Unternehmung kann die notwendigen Verhandlungen mit den aus-

⁷ Exposé Celio, S. 25.

ländischen Vertretern besser führen, als eine durch das staatliche Prestige belastete Unternehmung; sie darf sich eine jeweilige elastische Anpassung an die besonderen Verhältnisse erlauben - sie ist beweglicher."⁸

II. DIE RECHTSFORM DER SWISSAIR ALS GEMISCHTWIRTSCHAFTLICHE AKTIENGESELLSCHAFT ALS FOLGE DIESER POLITIK

1. Die nationale Einheitsgesellschaft als Ansatzpunkt

Wenn man einen Blick auf die Geschichte des schweizerischen Luftverkehrs wirft, darf man feststellen, dass er seinen Erfolg zu einem wesentlichen Teil privater Initiative verdankt.⁹ Daneben muss aber gleichzeitig zugegeben werden, dass der Luftverkehr ohne staatliche Unterstützung - wie übrigens in den meisten anderen Ländern auch - wohl nicht über seine Anfänge hinausgekommen wäre, entrichtete doch die öffentliche Hand zwischen 1931 und 1944 rund sieben Millionen Franken an Betriebssubventionen.¹⁰ Im Zeitpunkt, als die Gründung der Einheitsgesellschaft und die Fusion SWISSAIR-Alpar bevorstand, war klar, dass die neue Gesellschaft nur mit einem enormen finanziellen Aufwand den Anschluss an den Weltluftverkehr würde finden können. Es bestand auch ein staatliches Interesse, bei aktiver Teilnahme am Luftverkehr eine starke Unternehmung zu besitzen mit Blick auf Subventionsunabhängigkeit als leitendes gesamtwirtschaftliches Interesse. Die Grundvoraussetzung dafür bildete die Konzentration der Kräfte auf die nationale Einheitsgesellschaft.¹¹

⁸ Exposé Celio, S. 27. - LFPO 53 S. 819.

⁹ Man denke etwa an Persönlichkeiten wie Balz Zimmermann und Walter Mittelholzer.

¹⁰ Buchwald, S. 51; Wolf, S. 87 f.; Arnemann, S. 24 ff., S. 95 ff. Vgl. ferner Nievergelt, S. 62 ff., Flechtner, S. 131 ff.

¹¹ Siehe LFPO 53 S. 819 ff.

2. Die Möglichkeiten der Intervention und der Teilnahme an der initialen Willensbildung in der Gesellschaft als Organisationsproblem zwischen Bund und SWISSAIR

a) Allgemeines

Zwischen dem Bund und den Luftverkehrsunternehmungen bestanden schon immer Bindungen. Zunächst unterstand die SWISSAIR schon immer in ihrer fliegerischen Tätigkeit der allgemeinen luftpolizeilichen und technischen Aufsicht durch das Luftamt. Diese Tatsache wirkte sich aber nie auf ihre Rechtsform aus. Dazu kam die Aufsicht über die Einhaltung der Konzession und die mit Bedingungen verknüpfte Entrichtung der Betriebs-subventionen, die ebenfalls von der Rechtsform der Gesellschaft unabhängige, aussergesellschaftliche Einflussphären darstellen. Die Ausdehnung des staatlichen Einflusses in die Gesellschaft hinein wurde primär ausgelöst durch den riesigen Geldbedarf der SWISSAIR anlässlich ihrer Reorganisation. Für sie trat eine Situation ein, wenn auch in etwas abgeschwächter Form, die Erb als typischen Entstehungsgrund von gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen sieht, nämlich, wenn eine Privatgesellschaft, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ohne die Hilfe der öffentlichen Hand "nicht mehr hätte weiterbestehen können, und weil sie trotz ihrer Eigenschaft als privatwirtschaftliche Organisation derart wichtige Glieder der Gesamtwirtschaft eines Landes darstellen, dass der Staat ihrer Liquidation nicht untätig zuschauen zu dürfen glaubte."¹² Natürlich ging es bei der SWISSAIR nicht um die Alternative Hilfe oder Liquidation, sondern um diese Hilfe oder kein Ausbau auch nach den staatlichen Vorstellungen; aber die Grundgedanken, dass der Staat einer privaten Unternehmung, die an einer finanziellen Grenze angelangt ist, mit Kapital unter die Arme greift, weil er sie erhalten

¹² Erb, S. 19, wobei bei der SWISSAIR die Alternative nicht die Liquidation war.

resp. eben auch nach seinen Interessen umgestalten will, stimmen durchaus überein. Eine solche Massnahme liegt dann im gegenseitigen Interesse. Ist diese Art der Unterstützung aber nicht notwendig, will der Staat dennoch partizipieren, sind die Voraussetzungen von Art. 762 OR zu erfüllen,¹³ wobei nicht ausser acht gelassen werden darf, dass u.U. die Konzession als Druckmittel verwendet werden könnte, wie dies in Frankreich geschah, was letzten Endes zur Verstaatlichung der Einheitsgesellschaft Frankreichs, der Air France, geführt hat. Da aber "chosen instrument" zu sein auch für die SWISSAIR Vorteile brachte, dürfte bezüglich der Aktionärspartnerschaft Uebereinstimmungen zwischen Staat und SWISSAIR geherrscht haben.

b) Nochmals: Die Grenzen der Interventionsmittel

Zum staatlichen Einfluss über Konzession und Subvention ist allgemein zu bemerken, dass es Mittel eben nur der Intervention sind.¹⁴ Es liegt in ihrem Wesen, dass sie dem Staat nur in ausserordentlich stark beschränktem Umfang die Möglichkeit geben, an der initialen Willensbildung bezüglich der (täglichen) Geschäftspolitik der Unternehmung teilzuhaben. Ein Maximum staatlichen Einflusses hätte natürlich die Verstaatlichung gebracht, aber wir werden zeigen, warum dieser radikale Schritt nicht getan wurde.¹⁵ Es bestand aber das Verlangen weiter, dass das öffentliche Gemeinwesen ein erweitertes Mitspracherecht erhielt, das über interventionistische Massnahmen hinausging. Die Lösung drängte sich aber aus den konkreten Umständen der damaligen Zeit auf.

c) Das Ringen um die Staatsbeteiligung in den Organen der Gesellschaft

Wie oben bereits angetönt, war die nachmalige Lösung durch

13 Vgl. hinten S. 292 ff.

14 Vgl. vorn S. 169 ff.

15 Vgl. vorn S. 175 f.

die konkreten Umstände weitgehend vorgezeichnet. Es bestand zu befürchten, dass der enorme Geldbedarf für die Reorganisation des schweizerischen Luftverkehrs kaum in vollem Umfang mit privaten Mitteln gedeckt werden könnte. Somit drängte sich eine Kapitaleinlage von öffentlichen Gemeinwesen auf. Dadurch wäre bereits - allerdings eine sehr beschränkte - Mitsprache in der Gesellschaft gesichert gewesen,¹⁶ nämlich in der Generalversammlung. Ueber die allfällige Höhe der Beteiligung war man sich aber nicht im klaren. Bundesrat Celio vertrat in seinem Exposé die Ansicht, "dass der öffentliche Anteil im Gesellschaftskapital in der Minderheit zu halten wäre und zwar aus den gleichen Gründen, die gegen eine vollständige Verstaatlichung sprechen"¹⁷. Inzwischen ergab nun eine "Sondierung" im Auftrag der SWISSAIR¹⁸ über die Beteiligungsbereitschaft der Privatindustrie, dass diese durchaus in der Lage wäre, zwei Drittel des nötigen Gesamtkapitals aufzubringen. Dieses Beteiligungsverhältnis lag dann auch dem Beschluss des (damals rein privaten) Verwaltungsrates zum Antrag einer Kapitalerhöhung auf 20 Mio. Fr. vom 10. August 1946 zugrunde. Nun war zu dieser Zeit bereits eine Kommission zur Schaffung einer nationalen Einheitsgesellschaft ins Leben gerufen worden, und die Vorarbeiten am Luftfahrtgesetz waren ebenfalls in vollem Gange. Aus den Materialien dieser Kommission und aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 der SWISSAIR-Statuten¹⁹ ergibt sich heute, dass das Beteiligungsverhältnis von zwei Dritteln Privatwirtschaft zu einem Drittel öffentliches Gemeinwesen von der Privatwirtschaft für ihre Beteiligung als bindende Richtlinie für die Neuorganisation und den Ausbau der SWISSAIR

16 Vgl. hinten S. 292 ff.

17 Celio, a.a.O., S. 28; vgl. ferner vorne S.

18 Vgl. die Untersuchung über die Entstehungsgeschichte von Art. 2 Abs. 2 der SWISSAIR-Statuten; SWISSAIR-Rechtsdienst, Zürich, 17. April 1956.

19 Text im Anhang.

aufgefasst und tatsächlich von der öffentlichen Hand nach harten Diskussionen auch als solche anerkannt wurde.²⁰ Dieses sollte danach in angemessener Weise zum Ausdruck bringen, dass der schweizerische Luftverkehr vorwiegend privatwirtschaftlich orientiert ist und ein Instrument der Volkswirtschaft und nicht der staatlichen Herrschaft darstellt. Die Untersuchung stellt weiter fest, dass im Hinblick auf diese Bedeutung des erwähnten Beteiligungsverhältnisses als Ausdruck eines massgeblichen schweizerischen luftverkehrspolitischen Grundsatzes, die den Fortbestand dieses Verhältnisses sichernde Verfügung des Verwaltungsrates vom 10. August 1946 nicht, wie es damals aber geschah, als willkürlicher Akt bezeichnet werden kann. Doch entschieden war ja noch nichts. Die Diskussionen gingen auch auf anderer Ebene weiter: Es bestand das Verlangen der Beteiligung an der initialen Willensbildung seitens der öffentlichen Gemeinwesen weiter, jetzt um so mehr, als eine Kapitaleinlage bevorstand, was natürlicherweise zur Folge hatte, dass man sich die entsprechenden Aufsichts- und Mitspracherechte sichern wollte. Die geltende Rechtsordnung erlaubte es ja, der öffentlichen Hand diese Stellung zu verschaffen, nämlich in Art. 762 OR, der lautet: "Bei Unternehmungen, an denen Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde, ein öffentliches Interesse besitzen, kann der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in die Verwaltung und in die Kontrollstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionär ist." Dass nie die Meinung bestand, die Beteiligung der öffentlichen Hand an der SWISSAIR höher als mit einem Drittel vorzusehen, geht ebenfalls daraus hervor, dass dieses Beteiligungsverhältnis auch der zahlenmässigen Dotierung der Vertretung der öffentlichen Hand im Verwaltungsrat der SWISSAIR zugrundeliegt.

20 Vgl. die Untersuchung über die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 der SWISSAIR-Statuten, zit. S. 179, Anm. 18.

Entsprechend der beanspruchten Beteiligung von einem Drittel wurden nämlich an den ersten Konferenzen der Luftverkehrs-Interessenten vom 7. März 1946 und 9. Mai 1946 von seiten der öffentlichen Hand eine Vertretung von sechs bis acht Mitgliedern der zu konstituierenden nationalen Luftverkehrsunternehmung angemeldet. Dabei wurde davon ausgegangen, dass diese Vertretung ungefähr dem Ausmass der finanziellen Beteiligung der öffentlichen Hand entsprechen solle. Später beantragte das Post- und Eisenbahndepartement eine Vertretung von zehn Mitgliedern, das Eidgenössische Finanzdepartement eine solche von neun. Schliesslich wurde damals in den Statuten der SWISSAIR festgelegt, dass die Vertretung der öffentlichen Hand im Verwaltungsrat bei einer Gesamtzahl von 27 Mitgliedern zehn Mann betragen solle, was grosso modo wiederum dem Beteiligungsverhältnis 2/3 zu 1/3 entsprach.²¹ Heute kann der Verwaltungsrat aus dreissig Mitgliedern bestehen, wobei die öffentlichrechtlichen Körperschaften zehn Vertreter abordnen können, was also exakt dem obigen Verhältnis entspricht.²² Was sich aber bis in die Gegenwart sehr zu Ungunsten der öffentlichen Hand verschoben hat, ist das Beteiligungsverhältnis am Kapital. Durch die verschiedenen Kapitalerhöhungen im Laufe der letzten Jahre ist der Anteil der Privataktionäre verhältnismässig angestiegen. Der Inhaber-Aktienbesitz der öff. Hand ist unsicher. Während das AK der SWISSAIR im Jahr 1947 20 Mio. Franken betrug, stieg es im Jahre 1978 auf rund 450 Mio. Franken. Die Erklärung für die relative Anteilsabnahme der öffentlichen Hand liegt in der Tatsache, dass diese bei der wiederholten Ausgabe von Inhaberkapitalen nicht mithielt. Zuletzt wurden für eine Optionsanleihe

21 Vgl. die Untersuchung über die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 der SWISSAIR-Statuten, zit. S. 179, Anm. 18.

22 Vgl. SWISSAIR-Statuten 1978, Art. 12 Ziff. 1 und 3. 1979 zählt der Verwaltungsrat 29 Mitglieder. Davon waren zehn Vertreter der öffentlichrechtlichen Körperschaften (SWISSAIR-Geschäftsbericht 1979, S. 36/37).

im Jahr 1977 75'202 Inhaberaktien bereitgestellt, wodurch das Aktienkapital um 26,3 Mio. Franken stieg. Das Verhältnis Namenaktien zu Inhaberaktien verschob sich von 75 % zu 25 % im Jahr 1976²³ auf 70 % zu 30 % im Jahr 1977.²⁴ Der Prozentsatz der Aktionäre der öffentlichen Hand liegt bei 22,2 %. Ob das alte Verhältnis je wieder hergestellt werden wird, hängt wesentlich von der Finanzlage der öffentlichen Hand ab, wobei ein gewisses Interesse bei der SWISSAIR vielleicht auch vorhanden ist, um die künftigen Aufgaben finanzieren zu können.

Betrachtet man jetzt das Beteiligungsverhältnis am Aktienkapital vergleichend mit dem an der Verwaltung, so muss man feststellen, dass die öffentliche Hand im Verwaltungsrat eigentlich übervertreten ist. Dabei spielen aber im wesentlichen föderalistische Überlegungen hinein.²⁵

d) Der Streit um die künftige Rechtsform der Gesellschaft in den Materialien der das Luftfahrtgesetz vorberatenden Kommission

In den das Luftfahrtgesetz vorberatenden Kommissionen von National- und Ständerat entbrannte nun gleichzeitig die Diskussion, wie man sich zu dem von der SWISSAIR in Aussicht gestellten Beteiligungsverhältnis verhalten wolle. Die Zeichnungsfrist lief bis Ende Oktober 1946, und die Vorberatungen hatten erst begonnen. Sofort wurde mit den Zeichnungen begonnen. Für diesen Zeitpunkt muss sicher gelten, dass das Vorgehen zwischen SWISSAIR, Kommission Amstutz²⁶ und den das

23 Vgl. Geschäftsbericht SWISSAIR 1976, S. 12.

24 Vgl. Geschäftsbericht SWISSAIR 1977, S. 17.

25 Vgl. hinten S. 317 ff.

26 Kommission zur Schaffung einer nationalen schweizerischen Luftverkehrsunternehmung, benannt nach ihrem Präsidenten Prof. Amstutz. In sieben Sitzungen zwischen dem 7.6.1946 und dem 27.2.1947 beschäftigte sie sich mit den Organisationsfragen der künftigen Gesellschaft. Das Ergebnis ist in den "Empfehlungen zur schweizerischen Luftverkehrspolitik" und den "Empfehlungen zur Subventionierung des Luftverkehrs", datiert vom 21.4.1947, gerichtet an das PED, zusammengefasst.

Luftfahrtgesetz vorbereitenden Kommissionen nicht koordiniert war. Namentlich die letzteren Kommissionen schienen recht eigentlich vor ein *Fait accompli* gestellt. Die SWISSAIR trieb die Umorganisation voran, nicht zuletzt, weil sie wusste, dass es in den das Luftfahrtgesetz vorbereitenden Kommissionen politische Kräfte in Richtung Nationalisierung des Luftverkehrs gab. Dieses *Fait accompli* gegenüber den Kommissionen erscheint heute dem Verfasser als im Umfang und Zeitpunkt von der SWISSAIR beabsichtigt. Die damalige SWISSAIR hätte sich nicht mit einer Staatsmehrheit abgefunden. Die privatwirtschaftlichen Kräfte überwogen. Diese Kräfte hatten auch immerhin Bundesrat Celio auf ihrer Seite. Die Kommission Amstutz bemühte sich aber intensiv um die Zusammenarbeit mit der SWISSAIR. In der Kommissionssitzung vom 29. August 1946 fand sich die SWISSAIR schliesslich bereit, eine diesbezügliche Erklärung abzugeben:²⁷ "Die SWISSAIR will ... ihre Erweiterung in Zusammenarbeit mit der Kommission vornehmen." Im Sinne dieser Zusammenarbeit ist die SWISSAIR veranlasst worden, in einer ausserordentlichen Sitzung vom 13. September 1946 ihren von ihr bereits beschlossenen Emissionsprospekt der Kommission Amstutz vorzulegen. Es sollte damit sichergestellt werden, dass sein Text mit den Auffassungen der Kommission übereinstimme. Darob entstanden heftige Auseinandersetzungen, weil es die SWISSAIR als Einmischung in ihre inneren Angelegenheiten empfand. Endlich setzte sich aber die Auffassung durch, dass dies eben mehr war als eine gewöhnliche Kapitalerhöhung. In der Folge kristallisierte sich im Laufe der Zeichnungsperiode tatsächlich das Verhältnis 6 Mio. Fr. (Kapital der öffentlichen Hand) und 14 Mio. Fr. (Kapital der Privatwirtschaft) heraus. Dieses Verhältnis wurde auch im SWISSAIR-Prospekt über die Kapitalerhöhung vom 1. Oktober 1946 festgehalten. Danach wurden von den insgesamt bereitgestellten

27 Bericht Amstutz, S. 8.

40'000 Aktien 12'000 den öffentlichrechtlichen Körperschaften überlassen, und es mussten in dieser Gruppe Eidgenossenschaft, PTT, SBB, Kantone, Städte und Gemeinden untergebracht werden. Einzig über die Gruppenzugehörigkeit der Kantonalbanken war man sich nicht im klaren. Die Vertreter der öffentlichen Hand wollten sie im privaten Sektor unterbringen. Da aber die Privatwirtschaft ihre internen Zuteilungen bereits festgelegt hatte, konnte die Beteiligung der Kantonalbanken nur noch auf Kosten der Beteiligung der öffentlichen Hand in Betracht gezogen werden. Da aber sowohl die Zuteilungsquote der öffentlichen Hand (sie verzeichnete eine Gesamtzeichnungssumme von Fr. 8'993'500) als auch die Zuteilungsquote der Privatwirtschaft (sie überzeichnete den ihr zur Verfügung stehenden Betrag von Fr. 12'392'500 mit Fr. 13'158'000) überzeichnet worden war, musste beidseitig eine entsprechende Kürzung der Zeichnungen vorgenommen werden.²⁸

Diese ganze Entwicklung lief nun aber fast völlig selbständig neben den Beratungen der national- und ständerätlichen Kommission her. Dieser Umstand wurde erkannt und teilweise auch als "Skandal" angeprangert.²⁹ So durch Nationalrat H. Grimm: "Ich betrachte es als einen Skandal, dass irgendeine Gesellschaft bestimmt, soviel geben wir den alten Aktionären, soviel der Privatwirtschaft und soviel dem Staat. Dabei ist es der Staat, der die Voraussetzungen für das richtige Funktionieren des Luftverkehrs schafft." Abgesehen davon wurden in den Kommissionen alle denkbaren Ansichten vertreten. So vertrat Prof. Oppikofer in der Stellung eines Experten die Ansicht, der SWISSAIR sei freie Hand zu lassen, der Staat soll überhaupt von einer Beteiligung absehen.³⁰ Nationalrat Jaquet vertrat eine andere gleichfalls extreme Auffassung,

28 Vgl. Untersuchung, zit. S. 179, Anm. 18.

29 LFG Prot. NRK. 28.-30. Okt. 1946, S. 7.

30 LFG Prot. NRK. 16./17. Aug. 1945, S. 22.

nämlich dass die Schweiz gar keine eigene Luftverkehrsunternehmung betreiben solle.³¹ "Wir können unseren geographischen Standort nur ausgleichen, wenn wir erreichen, dass die anderen uns die Distanz bezahlen, die wir vom Weltluftverkehr zu weit weg sind." Daneben befürchtete er allerdings auch, dass die Schweiz einer imperialistischen oder prestigegeprägten Politik verfallen könnte.³² Und wenn die Schweiz eine eigene Unternehmung betreiben wolle, "dann sollte es eine staatliche sein".³³ Die Kommissionsprotokolle zeigen aber, dass man sich grundsätzlich für die gemischtwirtschaftliche Form entscheiden würde, strittig war wiederum das Beteiligungsverhältnis, das allerdings im künftigen Gesetzestext nicht expressis verbis erscheinen sollte. Dennoch geben die Diskussionen wichtige Hinweise für die historische Auslegung von Art. 103 LFG. Allen voran vertrat Bundesrat Celio in seinem in den Beratungen der national- und ständerätlichen Kommission vorliegenden bekannten Bericht die Ansicht, dass die Beteiligung der öffentlichen Hand 49 % des Aktienkapitals nicht übersteigen sollte.³⁴ Er verfocht also die nun auch minimie Dominanz des privaten Kapitals. Nationalrat Schläpfer hielt aber dagegen: "Wir dürfen nicht vergessen, dass da, wo die Privatwirtschaft einen grossen Teil des Kapitals zur Verfügung stellt, sie auch zur Betriebsführung etwas sagen will. Ihre Vertreter werden aber an den Generalversammlungen nie so vollzählig erscheinen wie die Vertreter der öffentlichen Hand. In der Regel lässt sich eine Aktiengesellschaft mit 30 - 35 % der Aktien beherrschen."³⁵ - "Wenn der Staat also eine Beteiligung von 50 % will, so bedeutet das nicht die Parität zur privatwirtschaftlichen Be-

31 LFG Prot. NRK, 15./16. Juli 1946, S. 4.

32 Exposé Celio, S. 3.

33 Exposé Celio, S. 4.

34 Exposé Celio, S. 31, These 4.

35 Schläpfer erkennt die Beschränktheit der Aktionärsrechte.

teilung, sondern dann ist das Uebergewicht beim Staat."³⁵ Ich gehe mit Nationalrat Schläpfer einig, dass die Fixierung eines privatwirtschaftlichen Uebergewichtes eine grössere Quote bedarf. "Le seul point, qui reste encore à fixer, c'est dans quelle mesure la Confédération et les cantons doivent participer au capital de la société. Il faudra savoir, si vous voulez la majorité, les 50 %, ou bien un tiers. Je crois, que c'est dans l'inérêt d'une gestion saine, si la participation est fixée à 33 %. La SWISSAIR doit être gérée selon des critères commerciaux."³⁷ Diese letztere Vorstellung schien ihm also nur realisierbar, wenn die öffentliche Hand einen Drittel des Kapitals hielt. Auch der Präsident der Kommission zur Schaffung einer nationalen Luftverkehrsgesellschaft, Prof. Amstutz, unterstützte diese Lösung.³⁸ In seiner Kommission war die Frage ebenfalls weiter hart umstritten. So namentlich in ihrer Sitzung vom 14. November 1946. In dieser Sitzung plädierte Basel³⁹ für einen Anteil der öffentlichen Hand von mindestens 50 %, Bern⁴⁰ schloss sich dieser öffentlichen Mehrheitsbeteiligung an, Zürich⁴¹ sah seine Obergrenze bei 49 %. Die Abstimmung unter den vierzehn Mitgliedern der Kommission⁴²

36 LFG Prot. NRK vom 19.-21. Febr. 1947, S. 14. Wie dem Verfasser von seiten der SWISSAIR bestätigt wurde, liegt es im Bereich des Möglichen, dass auch heute in Generalversammlungen mehr öffentliches als privates Kapital anwesend sein kann. Dies ist allerdings nicht nachgewiesen, aber auch schwer nachweisbar.

37 Ebenda, S. 13.

38 LFG Prot. NRK vom 15. Juli 1946, S. 11.

39 Vertreten durch Ständerat Wenk.

40 Vertreten durch Nationalrat Grimm.

41 Vertreten durch Dr. Altorfer.

42 Nach dem Beschluss der Konferenz vom 9.5.1946 sollten folgende Instanzen Vertreter in die Kommission abordnen: Bund (PED und FZD) 2 Vertreter, Kantone (Basel, Bern, Genf, Zürich) je ein Vertreter, Privatwirtschaft 6 Vertreter, SWISSAIR 1 Vertreter, Alpar ein Vertreter. Prof. Amstutz als Präsident entstammte dem PED.

ergab folgendes Resultat⁴³:

- 8 stimmten für das Verhältnis 1/3 öffentliches, 2/3 privates Kapital,
- 3 für das Verhältnis 49 % öffentliches, 51 % privates Kapital,
- 2 für eine Beteiligung der öffentlichen Hand von mindestens 50 %,
- 1 Vertreter (Genf) enthielt sich der Stimme.

In der Folge blieb dieses Verhältnis 1/3 zu 2/3 in der Kommission unbestritten. Erstaunlich war, dass das Beteiligungsverhältnis keinen Eingang in das LFG fand. Bundesrat Celio liefert die Erklärung: "Faut-il fixer la participation des pouvoirs publics dans la loi? Je ne la crois pas. Il serait mieux de dire, que la Confédération, les cantons et les communes participent à cette entreprise dans une mesure appropriée. Les particularités de la société nationale ne doivent pas être prescrites par la loi. Il suffit de dire que la société nationale existe et que les corporations de droit public y participent."⁴⁴

Dieses Beteiligungsverhältnis unterliegt nun indirektem Einfluss durch den Genehmigungsvorbehalt des Bundesrates gegenüber den Statuten der Gesellschaft.⁴⁵ Die Beschlüsse sowohl in der national-, als auch in der ständerätlichen das LFG vorberatenden Kommission folgten dem Antrag Celios, nur die Gemischtwirtschaftlichkeit ins Gesetz aufzunehmen.⁴⁶ In abgeschwächter Form wiederholte sich die Diskussion bei der Frage nach der Besetzung des Verwaltungsrates. Bezüglich der Beteiligung von Vertretern der öffentlichen Hand im Verwaltungsrat der "neuen" SWISSAIR ist sie ebenfalls vom der Kapi-

43 Vgl. die Untersuchung zit. S. 179, Anm. 18: S. 3.

44 LFG Prot. NRK vom 19.-21.2.1947, S. 16.

45 Eingebracht durch Nationalrat Jaquet in Art. 87bis aLFG, heute Art. 103 LFG letzter Satz.

46 Beschluss der LFG-Kommission des Nationalrates der Verhandlungen vom 28./29.4.1947 in LFG Prot. NRK vom 28./29.4.1947, S. 25. Zustimmung in der ständerätlichen Kommission in LFG Prot. StRK vom 27./28.1.1948, S. 26.

talbeteiligung entsprechenden Verhältnis ausgegangen. Entsprechend der vorgesehenen Beteiligung von einem Drittel wurde an den ersten Konferenzen der Luftverkehrs-Interessenten vom 7. März 1946 und dem 9. Mai 1946 von seiten der öffentlichen Hand eine Vertretung von sechs bis acht Mitgliedern im Verwaltungsrat angemeldet. Später beantragte das PED insgesamt zehn, das FZD neun Mann zu entsenden. Schliesslich musste in den ersten Statuten der SWISSAIR festgelegt werden, dass bei einer Gesamtzahl von 27 Verwaltungsräten die öffentliche Hand deren zehn stellen soll,⁴⁷ was unter Berücksichtigung von föderalistischen Ueberlegungen eine leichte Uebervertretung im Verhältnis zum Kapital ergab, was auch heute noch der Fall ist.⁴⁸

e) Würdigung

Aufgrund der beigezogenen Quellen und unter der Berücksichtigung des zeitlichen Ablaufs der Umorganisation des schweizerischen Luftverkehrs nach dem zweiten Weltkrieg kommt der Verfasser zu folgendem Schluss:

Der Alleingang der Alpar war die Hauptursache dafür, dass sich die Reorganisation der schweizerischen Luftverkehrs schwierig gestaltete. Zusammen mit dem folgerichtigen Nachziehen der SWISSAIR waren die Kommission Amstutz und die LFG-Kommissionen vor eine ungefähliche Situation gestellt. Die beiden Gesellschaften hatten mit einer gewissen Eigenmächtigkeit luftverkehrspolitische Entscheidungen vorweggenommen, die der Legislative vorbehalten gewesen wären. Sie wurde vor ein *Fait accompli* gestellt, wenn sie ihm auch nachher gefolgt ist. Die Alpar war motiviert von einer Angst der Vernachlässigung der Luftverkehrsinteressen Berns, die SWISSAIR, im Wissen um ihre besserstehenden Chancen, Nationalgesellschaft

47 Vgl. die Untersuchung zit. S. 179, Anm. 18: S. 4.

48 Vgl. hinten ausführlicher, S. 317 ff.

zu werden, in der Befürchtung, zum Staatsbetrieb allenfalls umstrukturiert zu werden, womit sie sich nicht abgefunden hätte, aber mit der Einsicht in die Notwendigkeit einer Partnerschaft mit dem Staat aus Gründen der Kapitalbeschaffung und dem daraus resultierenden Mitspracherecht, fühlte sich zu diesem Schritt ermächtigt. Aus der Sicht der Gegenwart muss man rückblickend anerkennen, dass dieses Vorgehen sich bewährt hat. Es bleibt aber die Tatsache, dass die Legislative ungewöhnlicherweise der SWISSAIR gefolgt ist und nicht der SWISSAIR der Legislative.

Unter diesen Voraussetzungen konstituierte sich die SWISSAIR rechtlich als gemischtwirtschaftliche Unternehmung. Die folgenden rechtlichen Erwägungen müssen auf dieser Basis geprüft werden. Deshalb wurde ihr auch dieser Raum zugestanden.

III. DIE GESCHICHTE DER RECHTSFORM DER DEUTSCHEN LUFTHANSA AG⁴⁹

1. Die ersten Privatunternehmen

Die erste deutsche Liniengesellschaft war die am 13.12.1917 gegründete private Deutsche Luftreederei GmbH. Nach einem recht vielversprechenden Start war aber anfangs 1920 das gesamte Gesellschaftskapital aufgebraucht und das Reichsamt für Luft- und Kraftfahrwesen musste der Deutschen Luftreederei für das Jahr 1920 3,5 Millionen Reichsmark an Subventionen zukommen lassen.⁵⁰ Innert kürzester Zeit entstand Gesellschaft um Gesellschaft, so dass 1920 insgesamt 37 konzessionsierte Luftverkehrsgesellschaften im Deutschen Reich existierten, die jedoch meist nur lokale Interessen vertraten und

49 Vgl. Jochenning, a.a.O., speziell S. 97 ff.; Arnemann, S. 9 ff.; Bongers, Deutscher Luftverkehr, S. 22 ff.; ders. Es lag in der Luft, S. 45 ff.

50 Arnemann, S. 10.

von denen jede nur zwei oder drei Strecken beflog.⁵¹ Die Subventionen stiegen auf 12 Millionen Reichsmark. Wirtschaftliche Ueberlegungen erzwangen in den Jahren 1922/23 schliesslich eine erste Konzentration des deutschen Luftverkehrs. Am 6.2.1923 wurde die Deutsche Aero Lloyd AG gegründet als Zusammenschluss zahlreicher Einzelgesellschaften, wobei sich bereits erstmals öffentliche Gemeinwesen, so unter anderen die Städte Düsseldorf, Halle und Köln am Kapital beteiligten. Auch sie geriet schon im Jahre 1925 in grosse finanzielle Schwierigkeiten⁵², und es wurde der Ruf laut nach einer neuen, deutschen Einheitsluftverkehrsgesellschaft. Als solche wurde am 1.1.1922 die Junkers Luftverkehr AG gegründet. Aber der Konkurrenzkampf mit der weiterbestehenden Deutschen Aero Lloyd AG setzte auch ihr ein baldiges Ende, zumal weil das Reich seine Subventionszahlungen massiv kürzte. Der Konkurs konnte nur durch finanzielle Unterstützung des Reiches abgewendet werden. Als Sicherheiten erwarb die Reichsregierung 80 % der Aktien der Junkers Luftverkehrs AG, Treuhänder wurden eingesetzt und dem Vorstand sämtliche Vollmachten entzogen.⁵³ Der Weg schien nun endlich wirklich frei für die Gründung der deutschen Einheitsluftverkehrsgesellschaft, die schon seit längerer Zeit sowohl vom Reich als auch von den Ländern und Kommunen aus finanziellen, wirtschaftlichen und verkehrstechnischen Gründen herbeigesehnt wurde.

2. Die "alte" Lufthansa

Am 6.1.1926 wurde die "alte" Deutsche Lufthansa AG als Trägerin und Repräsentantin der deutschen Handelsluftfahrt bis

51 Vgl. M. Maass, Die Unternehmungen im Luftverkehr, Göttingen 1927, S. 8.

52 Vgl. Jochenning, S. 6.

53 Vgl. Arnemann, S. 16.

zum zweiten Weltkrieg mit einem Kapital von 50'000 Reichsmark in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gegründet. Die konstituierte Generalversammlung vom 15.6.1926 erhöhte das Kapital auf 25 Mio. Reichsmark, eingeteilt in 25'000 Inhaberk Aktien zu 1000 Reichsmark. Diese Gesellschaft war bereits gemischtwirtschaftlich.⁵⁴ Die Kapitalanteile setzten sich wie folgt zusammen:

- | | | | |
|-----------|--------|--------------------------------|--------|
| - Reich: | 26,0 % | - Junkers Luftverkehrs AG, DAL | 27,5 % |
| - Länder: | 19,0 % | - Privatwirtschaft u. Kommunen | 27,5 % |

Diese Kapitalverteilung⁵⁵ zeigt, dass die Luftverkehrsgesellschaften zusammen mit der Privatwirtschaft und den Kommunen die Aktienmehrheit hielten, was aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass nur rund 20 % des gesamten Aktienkapitals im Besitz von Unternehmen war, die völlig unabhängig von Behörden und Regierung tätig sein konnten.⁵⁶ Diese alte Deutsche Lufthansa musste von allem Anfang an von Reich, Ländern und Kommunen subventioniert werden. Dies setzte sie einer starken Staatsaufsicht aus. Ebenso war eine grosse finanzielle Unterstützung durch die öffentliche Hand zur Aushaltung und Aufrechterhaltung des Verkehrsnetzes nötig, und die Tatsache, dass jede reichssubventionierte Luftverkehrsstrecke der Genehmigung der Reichsregierung bedurfte und dass diese ferner ein Mitbestimmungs- und Kontrollrecht beim Abschluss von Streckenverträgen besass, setzte sie ebenfalls starkem staatlichen Einfluss aus. Doch schon bald brach der zweite Weltkrieg aus, und der zivile Luftverkehr kam zum Erliegen. Deutschland verlor die Lufthoheit. Nach dem Krieg stand ein Neubeginn bevor.

54 Die neue Auseinandersetzung mit diesem Begriff folgt hinten S. 328 ff.

55 Vgl. F. Voigt, Verkehr, 2. Band, 2. Hälfte, Berlin 1965, S. 742.

56 Arnemann, S. 18.

3. Der Wiederaufbau einer nationalen Luftverkehrsgesellschaft nach dem zweiten Weltkrieg⁵⁷

Im Grunde genommen stand man in Deutschland vorerst vor den gleichen luftverkehrspolitischen Grundsatzentscheidungen wie in der Schweiz. Es war die Frage, ob man überhaupt in der Zukunft aktiv mit einer eigenen Gesellschaft am Luftverkehr teilnehmen wolle. Gleich wie in der Schweiz kam man zum Schluss, dass die Landesinteressen tatsächlich nur von einer eigenen Gesellschaft befriedigt werden können, da die ausländischen Gesellschaften auch primär ihre Landesinteressen verfolgen und erst, wenn überhaupt, sekundär diejenigen des Bedienten. Doch vorläufig waren der Deutschen Bundesregierung immer noch die Hände gebunden. Endlich, am 23.8.1951, wurde ihr von den Alliierten mitgeteilt, dass die Verantwortung auf dem Gebiet der Zivilluftfahrt schrittweise wieder an die Bundesregierung übertragen werden solle. In der Folge konstituierte sich ein Vorbereitungsausschuss Luftverkehr⁵⁸ (VAL). Den Zweck formulierte Minister Seehofer wie folgt:⁵⁹ "Aufgabe des ... vorbereitenden Ausschusses für Luftverkehr ist ... die einer Prüfung von Grundlagen, auf denen ein tragbares und den Bedürfnissen entsprechendes deutsches Luftverkehrsunternehmen ins Leben gerufen werden könnte." Hier liegt nun der Hauptunterschied zwischen der deutschen und der schweizerischen Entwicklung: Im Gegensatz zur Schweiz war die private Initiative in Deutschland durch den Verlust der Lufthoheit völlig gelähmt. Der VAL begann "bei Null", da zu diesem Zeitpunkt keine zivilen Luftverkehrsgesellschaften in Deutschland existierten. So gab es keine Koordinierungsprobleme mit bestehenden Verhältnissen. Unter

57 Arnemann, S. 92 ff.; Jochenning, S. 19 ff.; Bongers, Es lag in der Luft, S. 195 ff.

58 Jochenning, S. 39 ff.

59 In: Protokoll der ersten Sitzung des VAL am 9.11.1952.

diesen Voraussetzungen konnte der VAL vorschlagen, dass sich an der künftigen nationalen Luftverkehrsgesellschaft Bund, Länder und Kommunen und auf der anderen Seite die Privatwirtschaft beteiligen sollen. Dabei wies er ausdrücklich bereits darauf hin, dass er davon ausgehe, dass der Bund die Mehrheit des Aktienkapitals übernehmen soll. Man gab zu bedenken, dass die gewünschte Beteiligung der privaten Wirtschaft wahrscheinlich dadurch erschwert werde, dass mit einer Verzinsung des Aktienkapitals einige Jahre lang nicht zu rechnen sie. Man war sich bewusst, dass durch den Verlust der Lufthoheit Deutschland vorerst den Anschluss an den Weltluftverkehr verpassen würde.⁶⁰ Der nächste Schritt wurde dadurch eingeleitet, dass gegen Ende des Jahres 1952 die Gewissheit immer grösser wurde, dass die BRD in absehbarer Zeit die Lufthoheit wieder zugesprochen erhalten würde. Die Zeit war gekommen, vom Planen zum Handeln überzugehen. So beschloss das Bundeskabinett am 26. September 1952 die Gründung der Gesellschaft für Luftverkehrsbedarf. Diese sollte die Kerngesellschaft der späteren LVG darstellen, wobei die Beteiligungsverhältnisse an dieser Gesellschaft nicht massgebend sein sollten für diejenigen der künftigen LVG.⁶¹ Am 6. Januar 1953 wurde sie als Aktiengesellschaft für Luftverkehrsbedarf gegründet. Das Kapital von 6 Mio. DM setzte sich wie folgt zusammen:

- Bund	4'498'000 DM Aktien
- Bundesbahn	1'000'000 DM Aktien
- Land Nordrhein-Westfalen	500'000 DM Aktien
- Private	2'000 DM Aktien

So wie die Gesellschaft ein Ergebnis staatlicher Initiative war, ja sein musste, so wurde sie von nicht-privaten Institutionen beherrscht. Dass sie Kerngesellschaft war für die

60 Abschlussbericht des VAL, S. 24; Johenning, S. 45.

61 Johenning, S. 47; aus Flugwelt, 5. Jg. (1953) Nr. 2, "Vor wichtigen Entscheidungen", S. 33.

künftige nationale LVG, liess erwarten - wenn auch die Beteiligungsverhältnisse als für diese unverbindlich erklärt wurden -, dass auch in dieser die Privatwirtschaft in der Minderheit beteiligt sein würde.

Die Aufgabe der Gesellschaft bestand in der Auswahl und Bestellung des künftigen Flugmaterials, der Auswahl und Schulung des (fliegenden) Personals, der Erstellung von Bodeneinrichtungen, der Bestimmung eines Basisflughafens, der Auswahl des Sitzes der Hauptverwaltung und der Planung des ersten Streckennetzes. Ende 1954 stand endlich die Gründung der neuen LVG bevor. Am 6. August 1954 fasste die Hauptversammlung der LUFTAG den Beschluss, ihre Satzung zu ändern.⁶² "Die Gesellschaftsform der LUFTAG, ihr Aufbau und ihre Zielsetzung waren von vornherein so gestaltet worden, dass es keinerlei Neu- oder Umgründung bedurfte, um aus der 'AG für Luftverkehrsbedarf' eine Luftverkehrsgesellschaft zu machen."⁶³ So wurde die Firma von "Die AG führt die Firma 'Aktiengesellschaft für Luftverkehrsbedarf'" in § 1 Abs. 1 geändert in "Die AG führt die Firma 'Deutsche Lufthansa'". Gleichzeitig wurde der bisherige Wortlaut des Unternehmensgegenstandes, "Der Gegenstand des Unternehmens ist die Vorbereitung des Luftverkehrs und der Betrieb aller mit der zivilen Luftfahrt und deren Förderung zusammenhängenden Geschäfte und Einrichtungen", geändert in "Der Gegenstand des Unternehmens ist der Luftverkehr im In- und Ausland und der Betrieb aller mit der zivilen Luftfahrt zusammenhängenden Geschäfte und Einrichtungen".⁶⁴ Grosse Schwierigkeiten entstanden mit der Kapitalbeschaffung.

Schon früher war mit Beschluss der Hauptversammlung der LUFTAG vom 16.11.1953 das Kapital auf 25 Mio. DM erhöht worden. Die

62 Ebenda, S. 33 f.

63 Johnenning, S. 98.

64 Vgl. Johnenning, S. 97.

Beteiligung der Privatwirtschaft war aber sehr enttäuschend. Nur 125 Privataktionäre, "fast nur Reisebüros und Speditionsunternehmen, jedes meist nur mit der Mindestquote von einer Aktie, mehr der Form halber als in Erwartung einer Dividende ..." ⁶⁵, beteiligten sich, was eine Quote von 10 % der Privatwirtschaft ergab. Die bevorstehenden Investitionen benötigten aber bald wieder wesentlich mehr Eigenmittel. Eine weitere Kapitalerhöhung war nötig. Man war überzeugt, dass Bund, Länder und Bundesbahn mitmachen würden, aber der Aufsichtsrat wünschte, endlich Privatkapital stärker am Unternehmen zu interessieren. "Nun würde es bei einem Appell an die Wirtschaft darauf ankommen, die nationale Solidarität anzusprechen und, da das Unternehmen für die nächsten Jahre sicher dividendenlos bleiben würde, also auf die spätere Zukunft zu spekulieren. Meine diesbezüglichen Versuche, Ansprachen und Vorträge blieben ohne Erfolg." ⁶⁶ Noch am Tag der Umbenennung der LUFTAG in Deutsche Lufthansa beschloss die Hauptversammlung eine weitere Kapitalerhöhung auf 50 Mio. DM. Die DLH gewann zwar neue Aktionäre, aber auch hier hielt der Bund schliesslich mit 85,4 % das grösste Aktienpaket, die Privatwirtschaft zeichnete lediglich 7,6 %. Die Folge war, dass auch in Zukunft der Bund die Hauptlast jeder Kapitalerhöhung zu tragen haben würde.

Die Gründe für die Zurückhaltung der Privatwirtschaft sind nicht schwer zu finden.

Deutschland konnte, im Gegensatz zur Schweiz, nicht auf ein aus rein privater Initiative entstandenes Privatunternehmen aufbauen. Der Ausgang des zweiten Weltkrieges hatte auch für Deutschland ganz andere Folgen als für die Schweiz. Man befand sich zehn Jahre nach einem verlorenen Krieg, die Mittel waren mehr als beschränkt, namentlich die der Privatwirtschaft;

65 Bongers, Es lag in der Luft, S. 243 f.

66 Ebenda, S. 244.

trotz dem zweifellos wieder einkehrenden Optimismus war die Angst vor Investitionen in einen Betrieb ohne Aussicht auf baldige Rentabilität zu gross. Das gleiche Wagnis gingen alle anderen Länder zwar auch ein, aber die Chancen standen vergleichsweise besser. Dazu kam die Bevormundung durch die Siegermächte und die Enttäuschung darüber, dass das anfängliche Streckennetz sehr klein sein werde, ferner das Gefühl, im Konkurrenzkampf a priori unterlegen zu sein, da man nach zehn Jahren "Dornröschenschlaf" den Anschluss an den Wettbewerb sowieso verpasst habe. So kommt auch K.W. Streit⁶⁷ zum Schluss, "niemand vermag es der Privatwirtschaft zu verübeln, wenn sie einem in Neugründung stehenden Unternehmen von vornehmlich öffentlich-rechtlichem Charakter bei solchen Prognosen äusserst zurückhaltend gegenübersteht". Die Prognose in einem Land wie der Schweiz, das vom Krieg weitgehend unberührt blieb, mussten zwangsläufig besser sein. Auch fiel die Identifikation mit der Unternehmung leichter, weil man frei von der Belastung der Kriegsniederlage und Bevormundung von Siegermächten ans Werk gehen konnte.

Erst zu Beginn der sechziger Jahre setzte eine verstärkte Nachfrage seitens der deutschen Privatwirtschaft nach Aktien der DLH ein. Zu dieser Entwicklung trugen nicht nur die erstmaligen Jahresgewinne bei, sondern auch die erstaunlich schnelle Integration der DLH im internationalen Wettbewerb mit einem attraktiven Flugnetz.

Nach insgesamt acht Kapitalerhöhungen bis 1975 wies die DLH folgende Kapitalverteilung aus:⁶⁸

67 K.W. Streit, "Deutsche Luftfahrt vor schwierigem Start-Verkehrspolitik und finanziell vorläufig noch auf schwachem Fahrgestell", in: Die Zeit, 5.11.1952, S. 11.

68 Vgl. Deutsche Lufthansa AG (Hrsg.): Statistik und Information, Ausgabe 1978, Köln 1978, S. 19.

- Die BRD	443'885'500 DM = 74,31 %
- Die Deutsche Bundesbahn	5'007'500 DM = 0,85 %
- Die Deutsche Bundespost	10'500'000 DM = 1,75 %
- Das Land Nordrhein-Westfalen	13'500'000 DM = 2,25 %
- Die Kreditanstalt für Wiederaufbau	18'000'000 DM = 3,00 %
- Private	107'037'000 DM = 17,84 %

Die Rechtsform der Deutschen Lufthansa als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft⁶⁹ zeigt sich auch in der Zusammensetzung des Aufsichtsrates:⁷⁰ Er besteht neben fünf Arbeitnehmervertretern aus drei Bundes-Staatssekretären, einem Landesminister, dem Präsidenten der Deutschen Bundesbahn, zwei Repräsentanten von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten, dem Vorstandsvorsitzenden der (gewerkschaftseigenen) Bank für Gemeinwirtschaft AG (Vorsitzender), dem Vertreter einer privaten Grossbank und einem weiteren Vertreter der privaten Aktionäre.⁷¹

Insgesamt finden wir in Deutschland eine Art "umgekehrte" Entwicklung im Vergleich zur Schweiz. In beiden Ländern strebte man die Partnerschaft Staat-Privatwirtschaft an. Nur die Vorzeichen lagen konträr. In der Schweiz ging die Initiative von der Privatwirtschaft aus, in Deutschland vom Staat. Während in der Schweiz die Privatwirtschaft Dominanz anstrebte, hielt sie sich in Deutschland fast völlig zurück und überliess damit auch die Hauptverantwortung dem Staat. Unter diesen Umständen sind die Kapitalverhältnisse dieser gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen logische Folge.

69 Die eingehende neue Auseinandersetzung mit diesem Begriff findet hinten S. 328 ff. statt.

70 Vgl. S. 317 ff.

71 Vgl. Fett, S. 208.

IV. DIE GESCHICHTE DER RECHTSFORM VON AIR FRANCE

Nachdem auch in Frankreich bis in die dreissiger Jahre eine grosse Zahl von Privatunternehmen ein wenig koordiniertes Netz von Flugverbindungen betrieb, setzte wie in anderen Ländern eine erste Konzentrationsbewegung ein. Die Folge war der Zusammenschluss der führenden Unternehmen Société Générale des Transports Aériens, Compagnie Internationale de Navigation Aérienne, Air Orient und der Air Union zur Société Centrale pour l'Exploitation des Lignes Aériennes, welche nach dem Aufkauf der Compagnie Générale Aéropostale unter gleichzeitiger 25prozentiger Regierungsbeteiligung mit einem Gründungskapital von 120 Mio. FF am 30. August 1933 in Form einer Aktiengesellschaft zur Air France umgebildet wurde. Zusammen mit der Seereederei Compagnie Générale Transatlantique gründet sie 1937 zur Vorbereitung eines Nordatlantikverkehrs die Air France Transatlantique. Doch der Ausbruch des zweiten Weltkriegs unterbricht die Entwicklung. Am 20. Dezember 1941 wurde der Gründungsvertrag der Air France durch die damalige französische Regierung aufgehoben, und im Zuge der Nationalisierungswelle zusammen mit anderen Bereichen wie Gas, Elektrizität, Bergbau und Atomwirtschaft wird Air France durch ein Gesetz vom 26. Juni 1945 in Staatsbesitz übergeführt. Drei Jahre bestand sie neben zwei gleichfalls nationalisierten Luftfahrtunternehmen weiter, nämlich Air France Transatlantique und Air Bleu. Durch Gesetz vom 16. Juni 1948 unter Uebernahme dieser beiden Gesellschaften erhielt sie ihre heutige Rechtsform als Aktiengesellschaft mit 98,9 % Staatsbeteiligung.⁷³

72 Zandtke, S. 42 ff.; Dausers, Der gewerbliche Luftverkehr in Frankreich, S. 111; Rodière, S. 167 ff.

73 Ob sie als solche als gemischtwirtschaftliche Unternehmung bezeichnet werden kann, vgl. hinten S. 328 ff.

Air France war immer starken staatlichen Bindungen ausgesetzt. Das rührt nicht zuletzt daher, dass Frankreich mit seinen Luftverkehrsunternehmen eine stark prestigeorientierte, imperiale Politik verfolgte, weil es einen grossen Kolonialbesitz zu bedienen hatte. Da in diesem Fall privatwirtschaftliche Ziele damit nicht vereinbar waren, musste sich der Staat diesen Einfluss sichern, auch hier auf der Basis einer Gesellschaftsform des Privatrechts.⁷⁴ Dabei gingen die Unternehmenszusammenschlüsse meistens nicht auf eine private Initiative zurück, sondern waren vielmehr das Resultat einer gezielten Ausschöpfung der rechtlichen Möglichkeiten des Staates. Schon mit dem Gesetz vom 11.12.1931 sicherte sich der Staat an allen Unternehmen eine Kapitalbeteiligung von 25 % durch Umwandlung der Subventionszahlungen, verbunden mit dem entsprechenden Einfluss auf die Unternehmensführung. Dazu durften keine Aktien mehr ohne Genehmigung des Luftfahrtministers veräussert werden. Kapitalerhöhungen konnten nur mit Regierungserlaubnis und bei einer staatlichen Beteiligung von wiederum 25 % vorgenommen werden. Der eigentliche Zwang ging aber von der Vergabepolitik der Verkehrsrechte aus. Das Luftfahrtministerium gab ganz einfach die Liniengenehmigungen nur noch der bevorzugten Gesellschaft ab, so dass die Konkurrenzunternehmen entweder ihren Betrieb einstellen mussten oder aber sie fusionierten mit der Gesellschaft, um ihren Verkehrsanteil vielleicht sogar vollumfänglich erhalten zu können. Gleich verfuhr das Luftfahrtministerium mit den Subventionszahlungen, und da in jener Zeit alle Gesellschaften darauf angewiesen waren, fiel es ihm nicht schwer, die gewünschten Zusammenschlüsse, wie namentlich die, die letztlich die Air France entstehen liessen, zu erreichen.⁷⁵

⁷⁴ Vgl. nachstehend V.

⁷⁵ Vgl. Gesetz vom 30.8.1933, Journal Officiel de la République Française vom 1.9.1933.

V. DIE GRÜNDUNG DER SWISSAIR UNTER DEM ASPEKT DER "FLUCHT
DES GEMEINWESENS INS PRIVATRECHT"

1. Die Voraussetzung

In der Diskussion um die künftige Rechtsform der nationalen Luftverkehrsgesellschaft hielt der Bereich des Bundesrates fest:⁷⁶ "Die Unternehmung, die dem Privatrecht untersteht, kann die Verhandlungen mit dem ausländischen Konkurrenten besser führen als eine durch das staatliche Prestige belastete Unternehmung. Sie darf sich eine jeweilige elastische Anpassung an die besonderen Verhältnisse erlauben; sie ist beweglicher." Wir stellen uns jetzt die Frage, ob nicht gerade diese Stelle zum Ausdruck bringt, was sich in der Rechtswissenschaft allgemein als Problem der "Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht" stellt, d.h. wenn das Gemeinwesen für eine seiner Aufgaben als Rechtsträger zwischen sich und dem "Konsumenten" nicht eine öffentlichrechtliche Anstalt, sondern eine Gesellschaftsform des Privatrechts schaltet. Wir gehen dabei mit Schürmann davon aus, dass sich die kategorische Forderung Heussers⁷⁷, der Staat habe seine Unternehmen grundsätzlich anstaltlich zu betreiben, aus Art. 31 BV nicht ableiten lässt.⁷⁸

Ob die SWISSAIR eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung nach Art. 762 OR oder eine solche nach speziellem Bundeszivilrecht darstellt,⁷⁹ wird an dieser Stelle nicht geklärt.⁸⁰ Jedenfalls steht fest, dass die SWISSAIR eine gemischtwirt-

⁷⁶ Vgl. LFPO 53, S. 819.

⁷⁷ Heusser, S. 50.

⁷⁸ Vgl. mit Begründung Schürmann, S. 103 af.; ferner vorne S. 47 ff.

⁷⁹ Schürmann, S. 121 a.

⁸⁰ Siehe hierzu auch hinten S. 328 ff.

schaftliche Unternehmung ist.⁸¹ - Wir wollen also im folgenden die SWISSAIR-Gründung aus dem theoretischen rechtlichen Schrifttum unter diesem Aspekt analysieren.

2. Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung als Gegenstand verfassungs-, verwaltungs- und gesellschaftsrechtlicher Problematik

Sowohl Stoffel⁸² als auch Schürmann⁸³ verweisen auf diese Komplexität der Rechtsproblematik der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung. Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung versteht sich als ein "Gemeinge staats-, verwaltungs- und privatrechtlicher Bestandteile".⁸⁴ Da wir uns nicht mit der Normenkonkurrenz dieser Bereiche im einzelnen befassen, ist dieser Arbeit auch keine nach diesen Bereichen aufgetrennte Behandlung zugrundegelegt. Die entsprechenden Probleme werden von Fall zu Fall analysiert. Im übrigen findet sich eine ausführliche Darstellung des Rechtes der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung nach einem wie oben angeführten Schema bei Schürmann.⁸⁵

3. Was heisst "Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht"?

Der geistige Vater dieses Begriffes ist Heusser⁸⁶, und er beschreibt folgenden Sachverhalt: Zunächst ist es eine Tatsache, dass das öffentliche Gemeinwesen⁸⁷, worunter im üblichen Sprachgebrauch in erster Linie Bund, Kantone und Gemein-

81 Müller, Gemeinwesen, S. 177 und hinten S. 328 ff.

82 Stoffel, S. 154 ff.

83 Schürmann, S. 90 a.

84 Dieses Zitat stammt von H. Ridder und steht im Geleitwort zum Buch von H. Fischerhot, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Frankfurt a.M. 1956; Stoffel, S. 154 Anm. 3.

85 Schürmann, S. 65 a ff.

86 Heusser, a.a.O.

87 Müller, Gemeinwesen, S. 18.

den verstanden werden, im Rechtsverkehr häufig als Subjekt des Privatrechts auftritt. Dies geschieht nach Müller⁸⁸ unter zwei Aspekten: Klar sind die Tatbestände, wo das Gemeinwesen privatrechtliche Verträge mit Privaten abschliesst.⁸⁹ Es fragt sich aber, ob tatsächlich das Gemeinwesen Subjekt des Privatrechts ist, wenn Privatrechtssubjekte öffentliche Aufgaben erfüllen; "zur Erfassung solcher Vorgänge ... führen die Ueberlegungen, dass in derartigen Fällen 'das Gemeinwesen hinter der privaten Unternehmung steht'; 'eine private Unternehmung in bezug auf eine bestimmte Aufgabe das Gemeinwesen vertritt'; 'das Gemeinwesen eine seiner Aufgaben durch Subjekte des Privatrechts erfüllen lässt';⁹⁰ das Gemeinwesen in Gestalt einer privatrechtlichen Organisation zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe als Subjekt des Privatrechts in Erscheinung tritt.⁹¹ Die blosse Verwendung wird offenbar dann zur "Flucht" und als solche bezeichnet, wenn sie zum Motiv hat, dass diese Verwendung öffentlichrechtliche Formen zur Bedrohung wird, die das Privatrecht beseitigen kann. Dieses Vorgehen wird betriebswirtschaftlich, wirtschaftspolitisch, staatspolitisch und juristisch begründet.

4. Die Gründe der Flucht

Innerhalb der betriebswirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Begründungen⁹² schuf Forsthoff eine Art Kernsatz, indem er aussagt, "dass die öffentliche Verwaltungsform für die Betätigung der öffentlichen Unternehmungen nicht den Spielraum biete, welchen wirtschaftliche Betriebe benötigen".⁹³

88 Müller, Gemeinwesen, S. 19.

89 Dazu Müller, Gemeinwesen, S. 56 ff.

90 Hervorhebung vom Verfasser.

91 Müller, Gemeinwesen, S. 19.

92 Forsthoff, Leistungsträger, S. 22, Verwaltungsrecht, S. 482.

93 Müller, Gemeinwesen, S. 132.

Aehnlich schreibt W. Hug:⁹⁴ "Solange die Wirtschaftstätigkeit des Gemeinwesens sich in den Formen der öffentlichen Verwaltung vollzieht, ist erfahrungsgemäss ihre Führung nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht oder nur in beschränktem Masse möglich." Als weiterer Vorzug wird angeführt, dass die Kapitalbeschaffung besonders in grösserem Umfang durch das Aktienrecht erleichtert wird,⁹⁵ ferner "dass das Aktienrecht die Bildung stiller Reserven unbeschränkt zulässt und damit die Selbstfinanzierung über den Preis erleichtert".⁹⁶ Nach E. Ruck⁹⁷ erklärt sich die Heranziehung der Formen und Mittel des Privatrechts sachlich "aus dem Streben, über die mit öffentlich-rechtlichen Organisationsformen verbundenen Gefahren der Bürokratisierung, der Schwerfälligkeit und Politisierung hinweg die der öffentlichen Wirtschaft gemässe Beweglichkeit und Leistungsfähigkeit zu sachgemässer Anpassung an die jeweiligen Verhältnisse zu erreichen und entgegen parteipolitischer Orientierung die Geltung der wirtschaftlichen Methode und Praxis zu sichern." A. Köttgen⁹⁸ schliesslich stellt fest: "Die Betriebsleitung muss "rücksichtslos alle Entwicklungsmöglichkeiten des Betriebes voll ausschöpfen ... Im Gegensatz hierzu ist die Tätigkeit einer öffentlichen Verwaltungsbehörde fortgesetzt beherrscht von der Sorge um das allgemeine Wohl, wodurch naturgemäss die Stosskraft der zu einiger Rücksichtnahme verpflichteten Verwaltung, gemessen an den Massstäben der Privatwirtschaft abgeschwächt wird." Als Hauptargument kristallisiert sich offenbar die Entledigung von den "bürokratischen Fesseln"⁹⁹

94 Hug, S. 155.

95 Vgl. Schürmann, S. 97 a; Stoffel, S. 60 mit Hinweisen; Rüfner S. 254.

96 Rüfner, S. 256.

97 E. Ruck, in: Schweizerisches Elektrizitätsrecht, Zürich 1946, S. 53.

98 A. Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht. Sammlung "Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart", Heft 59, Tübingen 1928, S. 13 f.

99 H. Katz, Gemeindliche Versorgungsbetriebe. Ein Beitrag zur Weiterentwicklung ihrer Organisationsform. Diss. Freiburg i.Br. 1961, S. 43.

heraus. Auch eine Art Kernsatz unter den staatspolitischen Begründungen ist das Argument Rüfners¹⁰⁰: Es sollte "die Verselbständigung politischer Einflüsse vom Alltag der Unternehmung fernhalten". - Damit "wurde aber auch der Einflussbereich der Kommunalaufsicht zurückgedrängt - sicher eine der bedenklichsten Folgen der Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht"¹⁰¹. Müller verweist aber richtigerweise auf die begrenzte Uebertragbarkeit auf die schweizerischen Verhältnisse.¹⁰²

Unter den juristischen Begründungen¹⁰³ ist hervorzuheben, dass eine allgemeine öffentlich-rechtliche Organisationsform für Unternehmungen der leistenden Verwaltung fehlt, was für das deutsche wie für das schweizerische Recht gilt. Daneben wird mit besonderem Nachdruck als Grund für die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen auf die "Emanzipation von den Bindungen des Verwaltungsrechtes"¹⁰⁴ verwiesen, wobei die Zusammenhänge mit dem betreffenden Haushaltsrecht nach der jeweiligen positivrechtlichen Regelung abgeklärt werden müssen.¹⁰⁵ Schürmann stellt weiter fest: "Die Aktiengesellschaft ist die gegebene Rechtsform für ein gemeinsames wirtschaftliches Unternehmen mehrerer Gemeinwesen, vor allem bei ungleichen und interkantonalen Beteiligungen."¹⁰⁶ In diesen Fällen ist das Gemeinwesen auf die Formen des privaten Gesellschaftsrechts angewiesen.

5. Folgerung

Wenn wir nach dem Studium dieser Begründung des rechtlichen Schrifttums den als Ausgangspunkt ergriffenen Satz noch ein-

100 Rüfner S. 254.

101 Ebenda.

102 Müller, Gemeinwesen, S. 133, Schürmann, S. 96 a f.

103 Ders. a.a.O., S. 134 ff. mit Hinweisen.

104 Schürmann, S. 75 a.

105 Vgl. Rüfner, S. 254.

106 Schürmann, S. 97 a.

mal aufgreifen - "Die Unternehmung, die dem Privatrecht untersteht, kann die Verhandlungen mit den ausländischen Konkurrenten besser führen als eine durch das staatliche Prestige belastete Unternehmung. Sie darf sich eine jeweilige elastische Anpassung an die besonderen Verhältnisse erlauben; sie ist beweglicher" -, so müssen wir zu dem Schluss kommen, dass die Konstituierung der SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, nachdem über Verstaatlichung ernsthaft diskutiert wurde, geradezu ein Schulbeispiel aus der Praxis abgibt für die "Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht. In diesen zwei kurzen Passagen der bundesrätlichen Botschaft¹⁰⁷, die wörtlich aus dem Exposé Celios übernommen worden ist,¹⁰⁸ finden sich ausnahmslos alle Begründungen wieder.

VI. DIE RECHTLICHEN VORAUSSETZUNGEN DER BETEILIGUNG DES GEMEINWESENS AN EINER GEMISCHTWIRTSCHAFTLICHEN UNTERNEHMUNG

1. Die verfassungsrechtliche Problematik der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privaten Organisationsformen

a) Das grundsätzliche Schweigen der Verfassung

Wie bereits im zweiten Teil¹⁰⁹ angesprochen, geht uns die Frage an, welches verfassungsrechtliche Leitbild auf diese Problematik anzuwenden sei, ob diese Delegation vom Grundsatz der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit aus betrachtet werden muss. Wir haben bereits mit Schürmann¹¹⁰ festgestellt, dass die Frage, ob die öffentliche Wirtschaftsverwaltung auch

107 LFPO 53, S. 819.

108 Exposé Celio, S. 27.

109 Vgl. vorne, S. 46 ff.

110 Schürmann, S. 99 a f.

mit den Mitteln und in den Formen des Privatrechts tätig werden darf, im Wortlaut der Wirtschaftsartikel keine Erwähnung gefunden hat. Das heisst, "wenn die Verfassung nicht ausdrücklich oder zwar stillschweigend, aber doch eindeutig bestimmt, ob eine öffentliche Aufgabe vom Gemeinwesen selbst oder aber von Privaten erfüllt werden soll, ist die Regelung dem Gesetzgeber überlassen. Er ist darin weitgehend frei. Das gilt sowohl im Bund als auch in den Kantonen".¹¹¹ Daraus ergibt sich als allgemeine Regel, dass es das Verfassungsrecht dem Gemeinwesen erlaubt, öffentliche Aufgaben im technischen Sinne durch Privatrechtssubjekte erfüllen zu lassen, wobei es dafür eine gesetzliche Grundlage verlangt. Zu den gleichen Ergebnissen kommt auch A. Nef.¹¹²

b) Die allgemeinen Folgen für die SWISSAIR

Mit Art. 103 LFG hat der Bundesgesetzgeber schliesslich in einem formellen Gesetz zum Ausdruck gebracht, wie die Verwaltungsaufgabe Linienverkehr¹¹³ gelöst werden soll. Durch die beschlossene Konzessionierung eines Privaten ist aber jene "eigenartige Figur"¹¹⁴ entstanden - die SWISS-AIR entstand ja ursprünglich auf absolut freiwilliger, privater Basis -, dass Privatrechtssubjekte eine öffentliche Aufgabe teils aus eigenem Antrieb, freiwillig, gleichzeitig aber auch "gezwungenermassen" erfüllen: Ein Privater ist bereit, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen; in der Konzession, die er zu dieser Tätigkeit braucht, wird ihm die Erfüllung der Aufgabe vom Gemeinwesen zur Pflicht gemacht.¹¹⁵

111 Müller, Gemeinwesen, S. 428.

112 Wo die BV nicht selber sagt, in welcher Art und Weise der Bund seine öffentlichen Aufgaben erfüllen soll, kann der (Bundes-)Gesetzgeber "frei entscheiden ..., in welchem Masse er selbst tätig werden und wie weit er es Kantonen, Gemeinden, anderen öffentlichen oder privaten Gemeinschaften oder einzelnen Bürgern überlassen will, die Initiative zu ergreifen und nach den von ihm geschaffenen Gesetzenormen die Aufgabe zu erfüllen". A. Nef, in: Festschrift Hans Huber, Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, 1961, S. 200 f.

113 Vgl. vorne S. 85 ff.

114 Müller, Gemeinwesen, S. 429.

115 Vgl. vorne S. 92 ff.

c) Die besondere Problematik der Beteiligung des Gemeinwesens an privatrechtlichen Unternehmungen

Zu dieser Problematik existieren im wesentlichen drei Arten von Lehrmeinungen: Lehrmeinungen, die diese Beteiligung für grundsätzlich verfassungswidrig und unzulässig erachten, Lehrmeinungen, die sie für grundsätzlich zulässig erachten, und daneben gibt es vermittelnde Auffassungen. Sie sind bei Müller zusammengefasst,¹¹⁶ aber da sie für die vorliegende Arbeit von grossem Interesse sind, wollen wir uns nicht mit einem blossen Verweis begnügen.

aa) Lehrmeinungen, die die Beteiligung für grundsätzlich unzulässig halten

Heusser¹¹⁷ fragt sich, "ob nicht die öffentliche Unternehmung in Privatrechtsform eine Contradictio in adjecto darstelle", und kommt zum Schluss, dass beispielsweise so eine Aktiengesellschaft entsteht, "deren Sinn und Zweck mit dem Grundgedanken des Privatrechts nicht mehr in innerem Zusammenhang steht" - wodurch "die Daseinsberechtigung im Rahmen des privatrechts daher fragwürdig geworden ist".¹¹⁸ Er geht sogar noch weiter mit der Befürchtung, dass dadurch überhaupt "die Existenz des Privatrechts praktisch illusorisch wird".¹¹⁹ Er erblickt einen "Widerspruch zwischen Zweckaufgabe und Mittelwahl", in dem "eine konstante Verletzung des Prinzips der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und damit eine Untergrabung des Rechtsstaatsgedankens erblickt werden muss".¹²⁰ - "Errichtet das Gemeinwesen eine mit einer öffentlichen Verwaltungsaufgabe betraute Unternehmung in privatrechtlicher Form, so verstösst es damit gegen Art. 31 BV."¹²¹

116 Vgl. Müller, Gemeinwesen, S. 434 ff.

117 Heusser, S. 34.

118 Ebenda, S. 35.

119 Ebenda, S. 39; vgl. Anm. 342 in Müller, Gemeinwesen, S. 435

120 Ebenda, S. 42.

121 Ebenda, S. 49; vgl. aber bereits vorne, S. 58 f.

Als eng verwandt damit streicht Müller die Auffassungen von K. Oftinger und M. Usteri hervor. Namentlich Oftinger hielt danach die Bildung gemischtwirtschaftlicher und öffentlicher Unternehmungen in privatrechtlicher Form für "Massnahmen, die nicht durch unverhüllten Imperativ die Privatautonomie beschränken, sondern die, verhüllt in privatrechtliche Formen, eine Aushöhlung des Privatrechts bringen".¹²² - "... das Privatrecht ist das Gebiet der freien Betätigung der Privaten, nicht des Staates, der durch seine Zwecke gebunden ist und nach anderen Kriterien entscheiden muss als der Private".¹²³ Dagegen vertritt Usteri einen etwas anderen, differenzierteren Standpunkt: "Wo es um die direkte Wahrnehmung öffentlicher Interessen im engeren Sinne geht, sind öffentlich-rechtliche Organisationsformen nötig." - "Nur dort, wo es sich um einen ergänzenden, zusätzlichen Hilfsbetrieb handelt, können privatrechtliche Organisationsformen zugelassen werden."¹²⁴

bb) Lehrmeinung, die die Beteiligung für grundsätzlich zulässig hält

In dieser Richtung hat sich E. Ruck geäussert.¹²⁵ Er ging zwar auch davon aus, dass in den öffentlichen Unternehmungen "grundsätzlich das öffentliche Interesse und das öffentliche Recht" herrsche,¹²⁶ aber, die "öffentlichen Unternehmen in privatrechtlicher Form bieten insofern ein eigenartiges Bild, als öffentliche Gemeinwesen für die im öffentlichen Interesse zu treffende Lösung öffentlicher Wirtschaftsaufgaben¹²⁷ Organisationformen wählen, die auf Privatinteressen und Privatwirtschaft zugeschnitten sind. Für die recht-

122 Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR, NF 57, 1938, S. 684 a.

123 Ebenda, S. 685 a.

124 Usteri, S. 236; Begründungen Usteri, a.a.O. und Müller, Gemeinwesen, S. 436.

125 Ruck, S. 47 ff.; Müller, Gemeinwesen, S. 436.

126 Ruck, S. 50.

127 Die Äusserung bezieht sich auf das Beispiel der Elektrizitätsunternehmungen.

liche Charakterisierung ist entscheidend der in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verfolgte öffentliche Versorgungszweck¹²⁷; das Privatrecht ist nur ein Mittel zu dessen Erreichung ... Diese Heranziehung der Formen und Mittel des Privatrechts zur Führung öffentlicher Wirtschaft ist rechtlich zulässig."¹²⁸ Richtigerweise erscheint aber auch Ruck als einzige Schranke der Zulässigkeit die Feststellung, dass fiskalische Interessen des Gemeinwesens nicht als öffentliche Interessen gelten.²²⁹

cc) Die vermittelnden Auffassungen

Müller scheint es schliesslich, "dass 'die Wahrheit' zwischen den Extremen liegt und dass sie von D. Dévéréaz recht gut, von L. Schürmann noch besser getroffen wurde."¹³⁰

Schürmann plädiert für eine adäquate Betrachtungsweise, wobei er von der Fragwürdigkeit des Problems an sich ausgeht. Er anerkennt, dass "ohne Ueberdehnung des natürlichen Anwendungsbereiches der in Frage stehenden Institute und ohne Verletzung des eigentlichen Wesens sowohl der Verwaltungs- als auch der Privatrechtsordnung ... der Prozess nicht vonstatten"¹³¹ geht. Er hält die Bedeutung der Organisationsformen für relativ und durchaus vertauschbar,¹³² allerdings doch nicht beliebig.¹³³ Im Anschluss daran geht Schürmann der Frage nach, ob es möglich sei, "verfassungsrechtliche Grundsätze über die zulässigen wohlfahrtsfördernden und interventionistischen Massnahmen aufzustellen, im besonderen auch über die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen,¹³⁴ er überlegte auch, ob das Prinzip der "Subsidiarität

128 Ruck, S. 53.

129 Ebenda, S. 47, Anm. 10.

130 Müller, Gemeinwesen, S. 437 ff.

131 Schürmann, S. 83 a.

132 Ebenda, S. 95 a.

133 Vgl. Müller, Gemeinwesen, S. 438, Anm. 361.

134 Schürmann, S. 101 a.

und Konformität" einen Vorrang privatrechtlicher Organisationsformen¹³⁵ in sich schliesse, und kommt zum Ergebnis, es sei, falls sich die unternehmerische Tätigkeit an sich als dem wirtschaftspolitischen Ziel angemessen erweise, "eine reine Zweckmässigkeitsfrage, ob die privat- oder öffentlichrechtliche Organisationsform adäquater sei. Der Entscheid hängt wesentlich vom nötigen Mass der mitglied-schaftlichen Tätigkeit des Gemeinwesens und der staatli-chen Aufsicht ab".¹³⁶ Ferner lasse sich aus Art. 31 BV "ein Zwang weder zur Wahl einer privatrechtlichen Unterneh-mungsform als des graduell möglicherweise weniger gewichti-gen Eingriffes ableiten, noch mit der Begründung, dass öf-fentliche Aufgaben gelöst werden sollen, ein Zwang zur Wahl der Anstaltsform. In einem Fall kann die private, im andern die öffentliche Unternehmung dem interventionisti-schen oder wohlfahrtsstaatlichen Zweck besser dienen. ... Entscheidend ist, dass es stets der seinem Zwecke dienende Staat ist, der in einer dieser Formen verwaltend auftritt."¹³⁷ Daraus ergibt sich für Schürmann folgende Schlussfolgerung: "Man kann danach nicht mehr aussagen, als dass die Verwen-dung privater Unternehmensformen für die öffentliche Wirt-schaftstätigkeit nicht unzulässig ist. Ist nur die Tätig-keit als solche nach Voraussetzung und Durchführung ver-fassungsrechtlich gestattet, und das Mittel konform, dann ist es auch die allenfalls gewählte private Rechtsform. Das gilt gleicherweise für den Gesetzgeber, der eine Ver-fassungsvorschrift ausführt, wie für die Verwaltung, die im Rahmen ihrer Aufgaben Unternehmungen gründet oder das Gemein-wesen an bestehenden Unternehmungen beteiligt."¹³⁸ Schürmann sagt aber selbst, dass dieses Konzept nicht unanfechtbar und

135 Schürmann, S. 101 a.

136 Ebenda, S. 102 a.

137 Ebenda.

138 Ebenda.

präziserungsbedürftig sei. Das Wesen des öffentlichen und des privaten Rechts dürfe trotz der (begrenzten) Vertauschbarkeit nicht verfälscht werden. Auf jeden Fall müsse die "willkürliche Verwendung privater Rechtsformen als unzulässig gelten. Es müssen sachliche Gründe vorliegen, die die Wahl rechtfertigen. Sie können rechtlicher oder politischer Natur sein." Andererseits lasse sich, wie bereits früher festgestellt, aus Art. 31 BV nicht ableiten, der Staat müsse seinen Unternehmungen ausnahmslos in Anstaltsform betreiben.¹³⁹ Der Verfasser schliesst sich dieser Auffassung an.

d) Die Anwendung auf die SWISSAIR

Bei der Beteiligung der öffentlichen Gemeinwesen wurden die Postulate Schürmanns zweifellos befolgt. Der luftverkehrspolitische Entscheid den Linienluftverkehr einem Privaten zu überlassen, war sicher nicht willkürlich und ist somit unproblematisch. Die Gründe wurden mehrfach angeführt.¹⁴⁰ Eine kleine Korrektur ist, Müller folgend, aber noch anzubringen. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens muss sich immer innerhalb der übrigen verfassungsrechtlichen Schranken bewegen, als welche vor allem der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, das Finanzverfassungsrecht, und von den Freiheitsrechten die Handels- und Gewerbefreiheit in Frage kommen.¹⁴¹ Sicher besteht eine einwandfreie gesetzliche Grundlage im materiellen Sinn, wo die Verfassung dem Staat ein Monopol einräumt und für dessen Ausübung nicht zwingend eine öffentlich-rechtliche Organisationsform vorschreibt. "Dann ist gegen die ... Wahl privatrechtlicher Organisationen nichts einzuwenden",¹⁴² was für die SWISSAIR gilt. Die Kapitaleinlage des Bundes dient im übrigen nicht Anlage-

139 Schürmann, S. 102 a ff.

140 So z.B. vorn, S. 200 ff.

141 Vgl. hierzu ausführlich Müller, Gemeinwesen, S. 440 ff.

142 Ebenda.

zwecken;¹⁴³ die Gemeinwesen müssen die Regelungen der Finanzkompetenzen beachten. Bezüglich der Handels- und Gewerbefreiheit entstehen auch keine Probleme in den Bereichen, in denen das Gemeinwesen ein unmittelbar verfassungsrechtliches Monopol besitzt. Hier ist die Handels- und Gewerbefreiheit aufgehoben.¹⁴⁴

2. Die allgemeinen Entstehungsgründe für gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Wenn wir die Voraussetzungen betrachten, die die nachmaligen Partner der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen mitbringen, taucht das Kernproblem der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung auf: die Ungleichheit der Partner. Diese Ungleichheit war oft schon Gegenstand verschiedenster Abhandlungen und wurde verschiedentlich verbildlicht. Es wurde schon die Bibel zu Rate gezogen, wobei eben niemand gleichzeitig zwei Herren dienen kann, wie das die gemischtwirtschaftliche Unternehmung aber sollte. Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung, die dem Solidaritätsprinzip der Gebietskörperschaften und dem Gewinnmaximierungsprinzip der privaten Wirtschaft verpflichtet ist, wird weiter verglichen mit einem Wagen, "dessen Pferde nach zwei verschiedenen Richtungen ziehen"¹⁴⁶, oder einem "corps à deux têtes"¹⁴⁷. Nun, es wird darum gehen, den "dritten Weg" zu finden, "die Vorteile privatwirtschaftlichen Schaffens mit demjenigen eines sozial verantwortungsvollen Gemeinbewusstseins unter Aufrechterhaltung der Leistungsfähigkeit"¹⁴⁸ zu verbinden. Somit erscheint

143 Vgl. Art. 34 Abs. 2 BG über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 18.12.1968.

144 Vgl. Burckhardt, Kommentar BV, S. 228.

145 Vgl. Stoffel, S. 58 ff.; zur Geschichte vgl. Erb, a.a.O., Eichhorn (Entstehungsgründe), S. 346 ff.

146 H. Katz, Gemeindliche Versorgungsbetriebe. Ein Beitrag zur Weiterentwicklung ihrer Organisationsform, Diss. Freiburg i.Br. 1961, S. 47.

147 H. Zwahlen, Des sociétés commerciales avec participation de l'état, Thèse Lausanne 1935, S. 64.

148 F. Haussmann, Alte und neue Verbindungen privater und öffentlicher Wirtschaftsbetätigung, in: Wirtschaft und Recht 1 (1949), S. 33 ff.

eine Zusammenarbeit zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Privaten nur dann "sinnvoll und ökonomisch vertretbar",¹⁴⁹ wenn beide Parteien dadurch Vorteile erlangen, die ihnen verschlossen wären, wenn sie allein tätig würden.

a) Motive der öffentlichen Hand

Bei fast allen Autoren, die sich mit diesem Problem beschäftigt haben,¹⁵⁰ finden sich eigentlich immer die selben Motive, nur die Formulierungen divergieren.

Eine keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebende Aufstellung kann wie folgt aussehen:

- Verantwortungsbereitschaft und schnelle Entschlusskraft werden in der Gemischtwirtschaftlichen Unternehmung nicht durch die Unzulänglichkeit der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, denen die "bürokratischen Fesseln und die Eingriffe der politischen Körperschaften anhaften" gehemmt, "Flucht ins Privatrecht".¹⁵¹
- Der Nutzen des privatwirtschaftlichen, kaufmännischen Führungsstils, die Qualifikation privater Manager, wirtschaftliches und technisches Know-how der Privatwirtschaft¹⁵² (betriebswirtschaftliche Effizienzerwägungen).
- Erleichterung der Kapitalbeschaffung.¹⁵³
- Sozialpolitische Verantwortung im Bereich der Daseinsvorsorge, wirtschaftspolitische Interventionsmöglichkeiten im Interesse des Gemeinwohls.¹⁵⁴

149 Stoffel, S. 59.

150 Vgl. z.B. Stoffel, S. 59, Anm. 101.

151 Aubel, P.v., S. 892; Stoffel, S. 60, Anm. 102; Bolsenkötter, S. 37 ff.

152 Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 349 f.; Stoffel, S. 60, Verweise in Anm. 103.

153 Aubel, S. 892 (4), Bolsenkötter, S. 37 ff.; Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 349 mit Beispielen in Verweis Anm. 17; Stoffel, S. 60 Verweis in Anm. 104.

154 Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 350; Stoffel, S. 60 f. und Verweise in Anm. 105 und 106.

- Fiskalische Interessen, wobei die Gewinnabsichten des Gemeinwesens nur in abgeschwächter Form und immerhin Verbindung mit dem Gemeinwohl realisiert werden dürfen. Daneben dienen Beteiligungseinnahmen mittelbar auch dem öffentlichen Interesse.¹⁵⁵
- Fühlungsvorteile.¹⁵⁶

b) Die Motive der privaten Wirtschaft

Auf der Seite der privaten Beteiligten an der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung kann der Grundsatz gelten, dass eigentlich nur im Spielraum des vom Gemeinwesen abgesteckten Tätigkeitsbereiches eine Aktivität entfaltet werden kann. In den traditionellen Bereichen der staatlichen Leistungsverwaltung der Daseinsvorsorge wie Energiewirtschaft, Verkehrswirtschaft und Wohnungsbau hat die öffentliche Hand dem Markt "den privaten Gewinnstreben" nur ganz genau begrenzt offengelassen. Folgende Hauptfaktoren bestimmen diesen Spielraum:

- Die Betriebe der daseinsvorsorgenden Leistungsverwaltung sind ungeheuer kapitalintensiv. Genauso wie der öffentliche Partner auf Privatkapital angewiesen sein kann, kann der Private auf öffentliches Kapital angewiesen sein. Gerade im oben angeschnittenen Bereich gelingt es dem Privaten oftmals nicht, den Kapitalbedarf allein zu decken.
- Diese Wirtschaftszweige tangieren in den meisten Fällen staatliche Monopole, was dem Privaten eine vom Gemeinwesen unabhängige wirtschaftliche Betätigung verunmöglicht. Der Private ist auf eine Konzession angewiesen, um z.B. "die öffentlichen Wege in eine über den Gemeingebrauch hinaus-

¹⁵⁵ Stoffel, S. 61; Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 351.

¹⁵⁶ Dieser Begriff stammt von Bolsenkötter (S. 37-45). Er versteht darunter die angenommene Bereitschaft von Privatunternehmen, lieber mit privatrechtlichen Unternehmen geschäftlichen Kontakt zu pflegen als mit öffentlichen Institutionen.

gehende Sondernutzung zu nehmen"¹⁵⁷. Aubel¹⁵⁸ bemerkt dazu: "Ein Wettbewerb gleichartiger Unternehmen liegt im Bereich der Versorgungs- und der schienen- und leistungsgebundenen Verkehrswirtschaft in Europa wegen der damit verbundenen mehrfachen Verlegung von kostspieligen Leitungen und Schienen ausserhalb der Realität. Dem tragen die Gebietskörperschaften in ihrer Konzessionserteilung Rechnung, indem sie die Benutzung der öffentlichen Wege und Räume nur einem Versorgungs- oder Verkehrsunternehmen gestatten." Unter diesen Umständen kann sich für den Privaten die Beteiligung an einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung als "das kleinere Uebel"¹⁵⁹ darstellen, um an den Ertragschancen einer durch den Konzessionsvergabe-Praxis der Gebietskörperschaften mitgeschaffenen und durch öffentliche Beteiligungen wieder teilweise neutralisierten Monopolsituation teilzunehmen." Der Private kann sogar gewisse Hoheitsrechte erlangen, die ihm allein verschlossen bleiben müssten,¹⁶⁰ was unter Umständen "dem Unternehmen ein gewisses Prestige verschafft, das sie als rein private Unternehmen nicht hätten."¹⁶¹

- Von Vorteil ist für die privaten Mitunternehmer auch der billige Kredit, über den die öffentlichen Körperschaften verfügen. Er wirkt gewinnerhöhend, sei es, dass die betreffende öffentliche Hand für eine Anleihe die selbstverschuldnerische Bürgschaft übernimmt, dadurch einen niedrigen Zinsfuss zugestanden erhält und die Emission erleichtert oder dass sie selbst Darlehen beschafft und diese der Unternehmung zu den Selbstkosten überlässt."¹⁶²

157 Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 352.

158 Aubel, S. 881.

159 Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 352; Bolsenkötter, S. 34.

160 Stoffel, S. 63.

161 Bolsenkötter, S. 35.

162 Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 352.

- Ein aus der Elektrizitätswirtschaft abgeleitetes Motiv besteht in bestimmten Privilegien. "Mit wenigen Ausnahmen ...geniessen die privaten Partner Lieferungsrechte bezüglich ihrer Beschaffungs- und Absatzseite."¹⁶³
- Ein weiteres Motiv für die Kapitalbeteiligung besteht darin, dass die Beteiligung des Gemeinwesens auf der anderen Seite für den Privaten einen besonderen Anreiz darstellen kann für eine Kapitalanlage. Papiere von gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen werden ihrer Sicherheit und Stabilität wegen sehr geschätzt,¹⁶⁴ sie gewährleisten im allgemeinen eine "ziemlich gleichmässige Dividende".¹⁶⁵

Zusammenfassend halten wir fest:

1. Die Privatwirtschaft kooperiert aktiv mit der öffentlichen Hand in Wirtschaftsbereichen mit guten Ertragschancen, wobei das Interesse der Privatwirtschaft darauf ausgerichtet ist, den von der öffentlichen Hand aus wirtschaftspolitischen Gründen eingeschränkten, verbleibenden Spielraum möglichst intensiv zur Gewinnerzielung zu nutzen.
2. Kapitalknappheit und/oder Risikoüberlegungen können die Privatwirtschaft veranlassen, unter Umständen sogar zu Vorzugskonditionen Kapital von öffentlichrechtlichen Körperschaften anzunehmen.
3. Die Privatwirtschaft beteiligt sich an einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, um unter Umständen besondere Vorteile in Form von Liefervorrechten, Beratungsverträgen, Informationsvorteilen und dergleichen aus dem Geschäftsbetrieb zu beziehen. An einer Gewinnausschüttung ist dann die beteiligte Privatwirtschaft wahrscheinlich nur sekundär interessiert.

163 Eichhorn, Entstehungsgründe, S. 353.

164 Vgl. ebd. S. 352; Stoffel, S. 64 Anm. 119.

165 Stoffel, S. 64, Anm. 120.

4. Die Kapitaleinlage der Privatpersonen und privaten Unternehmen geschieht aus Gründen der Sicherheit, die der öffentliche Partner verspricht.
 3. Die wichtigsten Motive zur Gründung der SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Unternehmung
-

a) Die Falschheit schematisierten Denkens

Das Gebiet der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ist ein Gebiet, wo dieses Postulat von speziell grosser Bedeutung ist. Die Zusammenstellung von Motiven für ihre Gründung hat Katalogcharakter. Von Fall zu Fall sind die Motive verschiedenen kombiniert mit individueller Prioritätsordnung. Jede Unternehmung hat ihre eigene Geschichte.

b) Die Entstehung der SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Unternehmung aus einer Kapitalerhöhung der vormaligen Privatgesellschaft

Ein entscheidender Umstand für die Bewertung der Verhältnisse der SWISSAIR muss in der Tatsache erblickt werden, dass die SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Unternehmung nicht ursprünglich als solche gegründet wurde, sondern dass die bestehende private Aktiengesellschaft im Rahmen einer Kapitalerhöhung in eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung umgewandelt wurde.¹⁶⁶ Obwohl es der mit hoheitlicher Macht ausgestattete Staat war, der letztlich über die Rechtsform der künftigen Nationalgesellschaft zu entscheiden hatte, tat die SWISSAIR den entscheidenden Schritt in dieser Richtung. Vielleicht ahnte sie, dass auf staatlicher Seite die gleiche Vorstellung Formen annahm und erachtete deshalb dieses Vorgehen als legitim, vielleicht war sie aber auch darauf be-

166 Vgl. vorne S. 178 ff.

beacht, mit diesem Vorgehen einem künftigen Trend rechtzeitig entgegenzuwirken, der nach ihrer Meinung im übermässigen Einfluss des Staates auf die Gesellschaft bestanden hätte. Diesem Vorgehen mag das Motiv zugrundegelegt haben: Partnerschaft mit dem Staat ja, aber privatwirtschaftliches Uebergewicht.

c) Die Hauptmotive der Privatwirtschaft

Im einzelnen können wir folgende Motive von privater Seite eruieren, die die Einwilligung in diese Rechtsform zur Folge hatten:

Die Reservierung einer Zeichnungsquote für öffentliche Gemeinwesen im Rahmen der Kapitalerhöhung vom Oktober 1946 war das Resultat einer gewissen Angst vor Verstaatlichung unter der gleichzeitigen Einsicht, dass man, wollte man zur Nationalgesellschaft ausgebaut werden, was weitgehende Sonderrechte versprach, unter diesen Umständen eine Partnerschaft mit dem Staat eingehen musste, wobei man gleichzeitig dessen Kapitaleinlage deshalb nicht verschmähen durfte, weil eine Untersuchung ergab,¹⁶⁷ dass das notwendige neue Kapital nicht vollumfänglich von der Privatwirtschaft würde eingebracht werden können. Wir fänden also zwei Motive vor, die auch das rechtstheoretische Schrifttum in Aussicht gestellt hatte: der Private kann sich, in einem Wirtschaftsbereich, der wegen seines besonderen Charakters einer weitgehenden staatlichen Kontrolle untersteht, durch die Partnerschaft (hoheitsrechtliche) Vorteile verschaffen und die Kapitalbeschaffung erleichtern.¹⁶⁸ In diesem Sinne kommt der Wortlaut von Art. 103 LFG der SWISSAIR sehr entgegen, als er ihr auf gesetzlicher Ebene im Inland für den Zugang zum Linienverkehr von allgemeinem Landesinteresse die Konkurrenz fernhält.

¹⁶⁷ Vgl. vorne S. 178.

¹⁶⁸ Vgl. vor allem Stoffel, S. 63 zusammen mit Anm. 113/114, a.a.O.

Daneben hat die - anfänglich allerdings geschmälerete, aber mit dem der SWISSAIR eigenen Optimismus verbundene - Erwartung einer sicheren Kapitalanlage mit einer ziemlich gleichmässigen Dividende eine grosse Rolle gespielt.

Insofern bedeutet die Gemischtwirtschaftlichkeit für den Privaten einen Vorteil. Einen Nachteil könnte aber für ihn dadurch entstehen, dass der dem Gemeinwohl verpflichtete, gemeinwirtschaftlich bzw. öffentlich gebundene Betrieb eine Ertragsminderung zur Folge hat. Stoffel stellt aber in Aussicht: "Auch wenn die privaten Gesellschaftsmitglieder durch die Zugeständnisse an das Gemeinwohl eine Ertragsminderung auf sich nehmen, versuchen sie doch auf andere Weise, diesen Nachteil auszugleichen, indem sie z.B. als Lieferanten oder Konsumenten aus den geschäftlichen Beziehungen, die sich aus ihrer Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ergeben haben, Nutzen ziehen. Da die Rolle der öffentlichen Hand als Auftraggeber und Abnehmer zusehends an Bedeutung gewinnt, kann eine einmal aufgenommene Zusammenarbeit zu weiteren Verknüpfungen führen, die auf lange Sicht die unmittelbare Gewinneinbusse wettmachen. Von einer uneigennützigen Haltung der Privatunternehmer kann keine Rede mehr sein."¹⁶⁹ Es ist sicher richtig, diesen Aspekt in Rechnung zu stellen, wir glauben aber, dass er bei der SWISSAIR untergeordnete Bedeutung hat. Wie weit die öffentliche Bindung der SWISSAIR zu einer bezüglich der Gewinnerzielung defensiveren Geschäftspolitik führt, wie weit das öffentliche Gemeinwesen mit seinen Vertretern dazu verpflichtet ist, muss später rechtlich abgeklärt werden,¹⁷⁰ wenn es darum geht, im einzelnen zu eruieren, welchen Zwecken die Gesellschaft verpflichtet ist, mit welchen Prioritäten und in welchem Umfang sie verfolgt werden dürfen bzw. verfolgt werden müssen.

169 Stoffel, S. 65.

170 Vgl. hinten, S. 268 ff.

d) Die Hauptmotive der öffentlich-rechtlichen Körperschaften

Die Hauptmotive der öffentlichen Hand können zum Teil retrospektiv zusammengefasst werden unter dem Titel der "Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht", wofür die Entstehung der SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft geradezu ein Schulbeispiel liefert.¹⁷¹ Stoffel ist der Ansicht, dass es Gründe gibt, welche eine Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften geradezu verlangen:¹⁷² "Die Anforderungen an den sozialen Rechtsstaat und die damit verknüpfte Flucht der Verwaltung in das Privatrecht liefern uns hierzu die Ansatzpunkte. Die im Zeichen der Daseinsvorsorge rasche Zunahme der Verwaltungsaufgaben zeigt mit aller Deutlichkeit die Unzulänglichkeit der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen ... Zahlreiche Verwaltungsbetriebe werden in privatrechtliche Gesellschaftsformen umgewandelt, um von den Vorteilen und Erfahrungen der Privatwirtschaft Nutzen zu ziehen."¹⁷³ Hierzu hat uns der Bericht des Bundesrates von 1955 bereits den entscheidenden Ansatzpunkt und die Richtigkeit dieser Feststellungen in bezug auf die SWISSAIR bestätigt.¹⁷⁴ Wenn es auch tatsächlich denkbar wäre, so kann sich das öffentliche Gemeinwesen dennoch wegen seiner sozialpolitischen Verantwortung aus dem Wirtschaftsbereich der Daseinsvorsorge nicht zurückziehen, zumal hier die Gefahr einer ungesunden Monopolisierung latent besteht. Das Handeln der öffentlichen Gemeinwesen durch ihre Vertreter aus dieser Verantwortung muss Gewinnmaximierungsbestrebungen eindämmen, darf aber eine gewinnorientierte Geschäftspolitik nicht a priori ausschliessen, sonst wird die Unternehmung für die Privataktionäre unattraktiv. Die Lösung wird in einem Kompromiss gesucht werden müssen.¹⁷⁵ Eine Beteiligung an einer ge-

171 Vgl. vorne S. 200 ff.

172 A.a.O. S. 60.

173 Stoffel, S. 60.

174 Vgl. LFPO 55, S. 819 und vorne S. 177 ff.

175 Vgl. hinten S. 275 ff.

mischwirtschaftlichen Unternehmung aus bloss fiskalischen Gründen muss als mit Art. 762 Abs. 1 OR unvereinbar gelten.¹⁷⁶ Die ertragswirtschaftliche Komponente seitens der öffentlichen Gemeinwesen vermag nur mittelbar öffentliche Interessen zu befriedigen, indem Einnahmen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben erwirtschaftet werden.

4. Das öffentliche Beteiligungsinteresse nach Art. 762 Abs. 1 OR¹⁷⁷

a) Das Prinzip des Art. 762 OR¹⁷⁸

Art. 762 OR erlaubt privatrechtlichen Aktiengesellschaften in Abweichung von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und 705 Abs. 1 OR Körperschaften des öffentlichen Rechts statutarisch Mitverwaltungs- und Mitkontrollrechte in Form einer Dauervertretung im Verwaltungsrat und im Kontrollorgan zu gewähren. Entgegen der Bestimmung von Art. 707 Abs. 1 OR dürfen diese Mitverwaltungsrechte auch Körperschaften eingeräumt werden, die nicht Aktionäre sind. Das heisst, dass die Gesellschaft durch statutarische Zugeständnisse von Mitbestimmungsrechten ihre eigene Autonomie beschränkt, indem sie die sonst unübertragbare Befugnis ihres obersten Organs, der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle selbständig zu bestimmen, zum mindesten teilweise an einen

176 Vgl. hierzu W. Brödemann, Die haushaltsrechtliche Prüfung der Geschäftsführung bei Industrieunternehmen mit Beteiligung des Bundes oder der Länder (Prüfung nach § 48 RHO), Diss. Berlin 1967, S. 10; H. Siedentopf, Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, Verwaltung und Wirtschaft, Heft 30, Stuttgart 1963, S. 40; Schürmann, S. 92 a. Anm. 32; Stoffel, S. 115.

177 Auf eine ausführliche Darstellung des Rechts der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung wird verzichtet. Vgl. zur Literatur Vorbem. zu Art. 762 OR in Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, S. 1142 f.; für das deutsche Recht Fett, a.a.O.; Eichhorn, a.a.O. und dort zitierte Literatur.

178 Zur Auslegung von Art. 762 OR vgl. ausführlich Stoffel, S. 98 ff.

Dritten, die jeweilige Körperschaft des öffentlichen Rechts abtritt.¹⁷⁹

b) Das öffentliche Beteiligungsinteresse als objektive Voraussetzung für die Einräumung der Sonderstellung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft in der Gesellschaft

Diese Sonderstellung kann den öffentlich-rechtlichen Körperschaften nur eingeräumt werden, wenn sie ein öffentliches Interesse¹⁸⁰ am statutarischen Gegenstand und Zweck der Gesellschaft haben. Die Körperschaft muss das öffentliche Interesse an der von der Gesellschaft spezifisch und konkret zu erfüllenden Aufgabe nachweisen können, damit ihr die beschriebenen Sonderrechte eingeräumt werden dürfen. Der Wille einer Beteiligung an der Aktiengesellschaft allein genügt nicht für den Nachweis eines solchen öffentlichen Interesses. Dazu kommt aber, dass eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die ein Interesse an der Unternehmung nachzuweisen vermag, nicht eo ipso einen Anspruch auf Gewährung solcher Mitverwaltungs- und Mitkontrollrechte hat, diese können vielmehr nur durch einen Beschluss der Generalversammlung betreffend eine diesbezügliche Statutenbestimmung rechtlich zustande kommen.¹⁸¹ Durch die Schaffung solcher Sonderrechte können wohlerworbene Rechte der Aktionäre¹⁸² verletzt werden. Da nun aber Art. 762 OR hinsichtlich des ganzen Aktienrechtes eine lex specialis darstellt, kann ein Generalversammlungsbeschluss über die Einführung von Mitverwaltungs- und Mitkontrollrechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht wegen Verletzung wohlerworbener Aktionärsrechte ange-

179 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, S. 1143 f. N 1.

180 Zum Begriff des öffentlichen Interesses vgl. P. Moor, *Aménagement du territoire et propriété privée*, in: ZSR 1976, S. 395 ff.; Stoffel, S. 106 ff.; M. Gutzwiller, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Band V, Obligationenrecht, 6. Teil, Art. 926 N 34 ff.

181 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, S. 1147 f. N 14.

182 Vgl. Schluep, a.a.O.

fochten werden; Art. 762 als Lex specialis derogiert die Lex generalis von Art. 646 über die wohlerworbenen Rechte.

Eine Anfechtung ist allenfalls möglich wegen fehlendem öffentlichem Interesse der Körperschaft an der Gesellschaft.¹⁸³

Um die diesbezüglichen Fragen bei der SWISSAIR beantworten zu können, müssen wir zweckmässigerweise zunächst den Gegenstand und Zweck der Gesellschaft ergründen und dann anschliessend die genannten Voraussetzungen prüfen. Es wird sich ebenfalls auch aufdrängen, die Begriffe des "Gemeinwohls", des "Landesinteresses" und der "Daseinsvorsorgeverantwortung" zu konkretisieren.

VII. GEGENSTAND UND ZWECK DER GEMISCHTWIRTSCHAFTLICHEN AKTIENGESELLSCHAFT SWISSAIR ALS ANSATZPUNKT DER KON- KRETISIERUNG DES BEGRIFFES DES OEFFENTLICHEN BETEILI- GUNGSINTERESSES

1. Methodische Vorbemerkung

In der gemischtwirtschaftlichen AG können verschiedene Interessenskonflikte vorhanden sein. Während der Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse der Körperschaften und dem Gesellschaftsinteresse seltener zutage tritt, als es vielleicht zu erwarten wäre - gemäss Art. 762 Abs. 1 OR muss ja die Körperschaft im Gesellschaftszweck ein öffentliches Interesse besitzen und nachweisen, was aber bewirkt, dass die Gesellschaft und die abordnende Körperschaft im wesentlichen dasselbe Ziel verfolgen, deshalb ist die diesbezügliche Konfliktgefahr gering¹⁸⁴ -, können Interessenskollisionen jedoch dann

183 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, S. 1147 f. N 14.

184 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, S. 1151 f. N 25; Stoffel, S. 176, 214, 259; J. Meylan, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 432.

entstehen, wenn es darum geht, die Mittel und Wege zu finden, um dieses gemeinsame Ziel zu erreichen, namentlich wenn die beiderseitige Interessenverpflichtung bei der Gewinnstrebigkeitspolitik zusammenstösst. Diesem Konflikt wollen wir in dieser Arbeit auf den Grund gehen am Beispiel der SWISSAIR. Es wird gezeigt werden können, dass in der SWISSAIR die Gewinnerzielungsabsicht seitens der privaten Aktionäre und Verwaltungsräte abgeschwächt wurde im Zuge der Tatsache, dass die SWISSAIR einen öffentlichen Dienst leistet. Diese Untersuchung folgt der Möglichkeit der Gleichrichtung der Interessen des öffentlichen und privaten Aktionäres und klärt ab, ob die gegenwärtige Geschäftspolitik diesen Grundsätzen - namentlich mit der starken Diversifikation - heutenoch folgt. Gerade diese Situation bezeichnet Stoffel als Ausnahme von seiner Disposition und sieht in der Folge von einer Behandlung dieser Frage ab.¹⁸⁵ Ferner soll das Folgende als eine unternehmensbezogene Konkretisierung verstanden werden und so einen Beitrag zum Verständnis der Rechtsverhältnisse der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung leisten.

2. Die theoretischen Grundlagen

a) Der Gesellschaftszweck im schweizerischen Aktienrecht

Die Theorie unterscheidet vom Zweck in Art. 626 OR, den die AG frei wählen kann, den sogenannten Endzweck der Gesellschaft, "der bei der AG im typischen Fall in der gewinnstrebigem Verfolgung wirtschaftlicher Ziele besteht. Dieser Endzweck braucht in den Statuten nicht ausdrücklich genannt zu werden. Nur wenn - was nach Art. 620 III OR zulässig ist - ausnahmsweise nicht wirtschaftliche, ideale Zwecke verfolgt werden, muss das eindeutig aus den Statuten hervorgehen."¹⁸⁶

¹⁸⁵ Stoffel, S. 163.

¹⁸⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 127; zum Kriterium der Unterscheidung wirtschaftlich - ideal vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, S. 91 ff.; ferner Stoffel, S. 190 Anm. 22.

Das Gesetz spricht also von einem Doppelerfordernis, von Gegenstand und Zweck des Unternehmens.¹⁸⁷ Stoffel¹⁸⁸ unterscheidet einen Gesellschaftszweck *stricto sensu* und einen Gesellschaftszweck *largo sensu* neben dem Gegenstand des Unternehmens. Er sieht "zwischen dem Gesellschaftszweck *stricto sensu* und dem Gesellschaftszweck *largo sensu* eine Zweck-Mittel-Relation¹⁸⁹, die auch zwischen dem Gesellschaftszweck und dem Gegenstand des Unternehmens herstellbar ist. Unter dem Gesellschaftszweck *stricto sensu* versteht die neuere Aktienrechtliteratur¹⁹⁰ wie Forstmoser/Meier-Hayoz den (ungeschriebenen) Endzweck der Gewinnerzielung¹⁹¹ der AG. Der Gesellschaftszweck *largo sensu* hingegen bildet "die weit gefasste Umschreibung dessen, was die Gesellschaft tut und in Zukunft tun wird, um mit dieser und nur dieser Betätigung das sich gesteckte Ziel, den Endzweck fortlaufend anzustreben."¹⁹² Das Gesetz bezeichnet ihn kurz als Zweck des Unternehmens (Art. 626 Ziff. 2 OR) oder als Gesellschaftszweck schlechthin (Art. 648 Abs. 1 OR).

Das geltende Aktienrecht unterscheidet ferner den Gegenstand des Unternehmens, der ebenfalls zum zwingenden Statuteninhalt gehört (Art. 626 Ziff. 2 OR). Die Festlegung des Gegenstandes beinhaltet "die letzte Konkretisierungsphase der gesellschaftlichen Tätigkeit"¹⁹³, er bedeutet die der Sache und dem Raum nach stärker konkretisierte Bestimmung der Tätigkeit der AG, insbesondere die Mittel zur Er-

187 Art. 626 Abs. 1 Ziff. 2.

188 A.a.O., S. 189 ff.; wie Schluep, S. 396.

189 A.a.O., S. 192.

190 Nach Stoffel, S. 189 Anm. 19.

191 Die Alternative wirtschaftlicher-nichtwirtschaftlicher Zweck ergibt sich aus Art. 620 Abs. 3 OR, wobei dies die einzige Bestimmung des Aktienrechtes ist, die den Zweck im Sinne des Endzweckes benützt.

192 W. Gerhard, Die Aenderung von Zweck und Gegenstand im schweizerischen sowie im deutschen und französischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1957, S. 47.

193 Stoffel, S. 92.

reichung dieses Zweckes¹⁹⁴ (Beispiel Forstmoser: Zweck kann etwa sein die Fabrikation und der Vertrieb von optischen Geräten aller Art, Gegenstand des Betriebs eines Fabrikationsunternehmens in der Gemeinde X).

Soll der Unternehmensgegenstand geändert werden, ist nach Art. 649 Abs. 1 OR nicht eine qualifizierte Mehrheit der Aktionäre erforderlich, wohl aber eine qualifizierte Präsenz.

b) Die Regelung im deutschen Aktienrecht

§ 23 Abs. 3 Ziff. 2 AktG verlangt, dass jede Satzung einer AG Bestimmungen über den Gegenstand des Unternehmens enthält. Die Festlegung kann entweder bei der Gründung oder nachträglich erfolgen. Das letztere erfolgt nach § 179 AktG durch Beschluss der Hauptversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit. Wie im schweizerischen Aktienrecht ist es also einfacher, den Unternehmensgegenstand nachträglich zu ändern, als ihn anfänglich zu bestimmen. Die Anforderungen des deutschen AktG sind aber höher als die des schweizerischen. Nach § 179 Abs. 2 AktG ist es ferner möglich, für die Aenderung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung eine höhere Kapitalmehrheit oder gar das Erfordernis der Einstimmigkeit durchzusetzen.

Auch die deutsche Aktienrechtliteratur unterscheidet zwischen Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck. So definiert Fischer¹⁹⁵ den Gesellschaftszweck als Bestimmung, die das Ziel der gesellschaftlichen Tätigkeit beschreibt, die den Gegenstand und den Bereich angibt, in dem gehandelt werden soll, sowie der Art der Geschäfte, mit deren Hilfe der angestrebte Zweck erfüllt werden soll. Auch nach Fischer entsteht zwischen Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand das typische Zweck-Mittel-Verhältnis, indem schliesslich der Unternehmensgegenstand das zur Zweckerfüllung gewählte Mittel umschreibt.

194 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 128.

195 Fischer, Aktiengesellschaft, S. 89.

c) Unternehmenszweck und Beteiligungszweck

Diese Unterscheidung stammt von Trott, dessen Arbeit uns weitgehend als theoretische Grundlage für die analoge Problematik im deutschen Aktienrecht dienen kann. Er fordert, dass Unternehmenszweck und Beteiligungszweck der Aktionäre rechtlich und tatsächlich auseinanderzuhalten sind.¹⁹⁶

Der Beteiligungszweck umschreibt das Motiv der Aktionäre für die Gründung, resp. für die Beteiligung an einer AG. Dieser Zweck kann bei jedem Aktionär ein anderer sein, er kann sich im Laufe der Zeit verändern, er kann ausdrücklich erklärt oder auch stillschweigend verfolgt werden, ohne dass dies Auswirkungen auf die rechtlichen Verhältnisse in der AG oder der Aktionäre untereinander hätte. Davon unterscheidet Trott den Unternehmenszweck, der dagegen "die von den Gesellschaften gemeinsam festgesetzte Zwecksetzung der AG, d.h. den 'Willen' des Unternehmens" bestimmt, der zwar rechtlich und tatsächlich von den Aktionären abhängig sei, aber - einmal festgelegt - doch verselbständigt neben dem jeweiligen Willen der Aktionäre steht. Grundlage des Unternehmenszwecks sei eine gemeinsame Zwecksetzung aller Gesellschafter, welche "nicht die Summe der unterschiedlichen Beteiligungszwecke" darstellt, "sondern ihr gemeinsamer Nenner ist". Dieser einheitliche Zweck sei es, der den beteiligten Einzelinteressen die notwendige gemeinsame Richtung gibt, um verschiedene Interessen und ihre Träger in einer Einheit zu verbinden.

Besonderheiten treten aber auf bei der staatlichen Beteiligung. Zunächst ist aber eine terminologische Differenz zu bereinigen, damit die entscheidende, richtige Feststellung von Trott verständlich ist.

Was wir mit Stoffel als Gesellschaftszweck *stricto sensu* bezeichnet haben,¹⁹⁷ also den Endzweck der Gesellschaft nach

196 Trott, S. 41 f.

197 Vgl. vorne S. 225 f., Stoffel, S. 189.

Forstmoser/Meier-Hayoz¹⁹⁸, verstanden als die ungeschriebene typische gewinnstrebende Verfolgung wirtschaftlicher Ziele, versteht Trott unter dem Unternehmenszweck an sich die erwerbswirtschaftliche Betätigung.¹⁹⁹ Was wir mit Stoffel²⁰⁰ als Gesellschaftszweck largo sensu bzw. als Zweck nach Forstmoser/Meier-Hayoz²⁰¹ bezeichnet haben, also die eigentliche gegenwärtige und zukünftige Tätigkeit der Unternehmung, um den Endzweck zu erreichen, das bezeichnet Trott als Unternehmensgegenstand; er versteht darunter die Tatsache, "dass das ... Unternehmen eine bestimmte Tätigkeit ausübt, in einem bestimmten Bereich tätig ist oder eine bestimmte Art von Erzeugnissen und Waren produziert." Den Begriff des Unternehmensgegenstandes in unserem Sinne, also wie im Beispiel "Betrieb eines Fabrikationsunternehmens in der Gemeinde X"²⁰², verwendet Trott nicht; es ist nicht ersichtlich, ob er ihn allenfalls in den Unternehmensgegenstand seiner Terminologie einschliesst, jedenfalls deutet der materielle Gehalt seiner Definition des Unternehmensgegenstandes auf die terminologische Identität mit unserer Definition des "Zwecks" bzw. "Gesellschaftszwecks largo sensu" hin.

d) Die Voraussetzungen der Beteiligung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften an einer AG nach schweizerischem Aktienrecht

Nach dieser terminologischen Klärung ist die Feststellung Trotts für uns verständlich, und sie muss im Vergleich mit den Postulaten von Bürgi/Nordmann als für richtig befunden werden. Diese bestanden darin, dass die sich an

198 Vgl. vorne S. 225 f., Forstmoser/Meier-Hayoz, S. 127.

199 Trott, S. 40.

200 Vgl. vorne S. 225 f., Stoffel, S. 191.

201 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, S. 127 und vorne S. 225 f.

202 Beispiel von Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 128.

einer privaten AG beteiligende Körperschaft ein öffentliches Interesse im statutarischen Gegenstand und Zweck der Gesellschaft haben muss. Bürigi/Nordmann fordern weiter,²⁰³ dass die Körperschaft(en) das öffentliche (Beteiligungs-) Interesse "in der von der Gesellschaft spezifische und konkret zu erfüllenden Aufgabe nachweisen können" müssen. Auch dieses Postulat bedeutet die Ausrichtung des staatlichen Beteiligungszweckes bzw. Beteiligungsinteresses auf den Gesellschaftszweck, d.h. den Gesellschaftszweck largo sensu. So deckt sich die Feststellung Stoffels mit derjenigen von Trott, die dahingeht, dass eben der Beteiligungszweck des Staates für eine Beteiligung an einer privaten AG abweichend vom Normalfall nicht auf den Unternehmenszweck (= Endzweck = Gesellschaftszweck stricto sensu), "sondern in besonderem Masse darauf ausgerichtet ist, dass die AG einen bestimmten Unternehmensgegenstand (= Zweck bzw. Gesellschaftszweck largo sensu) hat".²⁰⁴

In der Folge wollen wir mit dem Begriffs-Triple Gesellschaftszweck stricto sensu (Gewinn), Gesellschaftszweck largo sensu (Tätigkeit) und Unternehmensgegenstand (Mittel), also mit der Terminologie Stoffels operieren.

Dazu kommt auf der anderen Seite der elementare Rechtsgrundsatz, dass "der Staat ausschliesslich im Dienste des Gemeinwohles tätig werden darf."²⁰⁵

e) Die Voraussetzungen nach deutschem Aktienrecht

aa) Der Numerus clausus der in Frage kommenden Gesellschaftsformen nach § 48 aRHO

Im Gegensatz zur Schweiz kennt das deutsche Recht eine positive öffentlich-rechtliche Vorschrift, die diesen Numerus

203 Bürigi/Nordmann, Kommentar OR, S. 1146.

204 Trott, S. 41.

205 Vgl. Stoffel, S. 163 Anm. 48.

clausus statuiert. Stoffel²⁰⁶ weist darauf hin, dass trotz des Fehlens einer solchen Norm die wirtschaftlichen Ueberlegungen, die hinter solchen Bestimmungen stehen, auch für die schweizerische Prägung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung von Bedeutung seien: "Die unbeschränkte Haftung aller oder einzelner Gesellschafter und die leichte Auflösbarkeit der Personengesellschaften und der Kommandit-Aktiengesellschaft bilden für die öffentlichen Beteiligungen ein allzu grosses Risiko, so dass aus praktischen Erwägungen nur die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft in Frage kommen ..., wobei sich eine Entwicklung zugunsten der Aktiengesellschaft abzeichnet."

Dagegen schränkte der deutsche Gesetzgeber die Typenwahl gesetzlich, enumerativ abschliessend ein.²⁰⁷ Die diesbezüglichen Ueberlegungen und weiteren Aspekte der deutschen Regelung vermögen wichtige Hinweise und Grundlagen für die Auslegung unserer Bestimmungen zu liefern, weshalb wir hier etwas ausführlicher werden.

Die angesprochene Norm ist der neue § 65 der deutschen Bundeshaushaltsordnung.²⁰⁸ Danach können gemischtwirtschaftliche Unternehmen nur in privatrechtlicher Gesellschaftsform betrieben werden. Als solche kommen die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft - wenn die Haftpflicht der Genossen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft dieser gegenüber im voraus auf eine bestimmte Summe begrenzt ist²⁰⁹ - in Frage. Die genaue Begrenzung der zuge-

206 A.a.O., S. 48 f.

207 § 48 a RHO.

208 In der Fassung vom 19.8.1969. Stoffel geht noch vom § 48 der RHO vom 31.12.1922 in der seit dem 30.4.1938 geltenden Fassung aus. A.a.O., S. 47 Anm. 58.

209 § 65 Abs. 5 Satz 1 BHO.

lassenen Rechtsformen wurde aufgegeben.²¹⁰

bb) Die Voraussetzungen nach § 65 BHO

Die materiellen Voraussetzungen sind aus den Bestimmungen für das Eingehen solcher Beteiligungen von § 65 Abs. 1 und § 5 BHO²¹¹ abzuleiten. Danach soll sich der Bund an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn

1. ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt und sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt,
2. die Einzahlungsverpflichtung des Bundes auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist,
3. der Bund einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Ueberwachungsorgan erhält,
4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den aktienrechtlichen Vorschriften aufgestellt und geprüft wird.

Aus dem Zweck der Regelung folgt, dass sie auch für die Beibehaltung der Beteiligung gelten muss.

Wir wollen an dieser Stelle ausführlicher nun auf Punkt 1 eingehen.²¹² Karehnke²¹³ stellt dazu fest, dass ein solches

210 Vgl. hinten S. 230 Anm. 208.

211 Bundeshaushaltsordnung vom 19.8.1969 BGBl I S. 1284.

212 Zu 2. vgl. vorne aa); zu 3. Karehnke, Sollen Beteiligungen, S. 33 f. und hinten S. 319; zu 4. vgl. ausführlich Karehnke, Privatrechtliche Unternehmen, S. 193 ff.; ferner Einzelfragen, S. 44; Lohl, S. 24 ff.

213. In: Sollen Beteiligungen, S. 32 f.

"wichtiges Interesse" nur mit den staatlichen Aufgaben des Bundes in Zusammenhang stehen, also öffentlichen Interessen dienen kann. Er definiert diesen Passus "wichtiges Interesse" als unbestimmten Rechtsbegriff und postuliert, dass er nach den verfassungsmässigen und (wirtschafts)politischen Aufgaben des Bundes auszufüllen sei. Er werde in der Regel durch verfassungsmässige oder wirtschaftliche Zielsetzungen konkretisiert, wobei die letzteren insoweit als Staatsaufgaben anzusehen sind, "als sie nach der jeweils massgebenden wirtschaftspolitischen Auffassung auf Grund des Wirtschaftsprogramms der Regierung für erforderlich gehalten werden. Es kann sich demnach dabei nur um Einzelzwecke handeln, etwa das Wahrnehmen von Verwaltungsaufgaben bestimmter Art und mit wirtschaftlichem Einschlag oder das Durchführen wirtschaftlicher Vorhaben."²¹⁴

Ein weiteres Erfordernis des § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO ist, dass der vom Bund angestrebte Zweck sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lassen darf. Hier verweist Karehnke auf die Schwierigkeit der Begründung, dass Verwaltungsaufgaben "besser und wirtschaftlicher" durch ein Unternehmen und nicht durch eine Behörde zu erfüllen sind, wenn man in Aussicht stellt, dass auch versucht werden könnte, die Effizienz der Behörden durch zweckmässigere Organisationsformen und Verfahrensweisungen zu verbessern, damit die ihnen anhaftende Schwerfälligkeit und Aufwendigkeit entfalle. Ferner sei auch zu beachten, dass oft u.U. Vereinbarungen mit privaten Unternehmen ausreichen könnten. "Nur wenn solche Massnahmen nicht zum Erreichen des Zweckes genügen würden oder aufwendiger und mithin unwirtschaftlicher wären als das erwähnte Gründen, Sich-Beteiligen oder das Aufrechterhalten solcher Beteiligungen, ist der Sachverhalt des § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO gegeben und eine Beteiligung zu-

214 Karehnke, Sollen Beteiligungen, S. 32.

215 Ebenda, S. 33.

lässig."²¹⁵

In diesem Sinne ist auch das Erfordernis des öffentlichen Beteiligungsinteresses auszulegen, wie es Bürgi/Nordmann für Art. 762 OR postuliert haben. Diese Erläuterungen bedürfen jetzt aber der Konkretisierung, die wir anhand der Satzung der Luftverkehrsgesellschaften vornehmen wollen. Logische Folge dieser Feststellungen muss sein, dass der Staat neben der noch im einzelnen zu behandelnden Beeinflussung der AG über ihre Organe, im Interesse das Ziel der AG mitzuformen, auch daran bereits stark interessiert sein muss, Zweck und Gegenstand der AG, nach denen sich die künftige Organtätigkeit richten wird, zu beeinflussen. Dies kann anlässlich der Gründung oder bei nachträglicher Beteiligung durch entsprechende Statutenänderungen mit den diesbezüglichen Vorschriften erfolgen. Die Mitwirkung bei der Definition des Unternehmenszieles, des Zwecks bzw. Gegenstand kann bereits eine weitgehende Verbriefung der staatlichen Interessen bedeuten. Die Gründer müssen sich nur darüber einig werden, welchen Zweck sie mit der AG verfolgen wollen. Dabei machen sowohl die privaten Vertreter wie die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Körperschaften von der Normsetzungsbefugnis Gebrauch, die ihnen der Privatrechtsgesetzgeber in diesem Bereich eingeräumt hat. "Je präziser die für die Gesellschaftsorgane verbindliche Unternehmenszielsetzung gefasst ist, um so weniger ist es erforderlich, auf die Geschäftsführung der Gesellschaft oder die Willensbildung in ihren Organen im Einzelfall einzuwirken."²¹⁶

²¹⁶ Trott, S. 37.

3. Die praktische Anwendung der Erkenntnisse auf die SWISSAIR

a) Methodische Vorbemerkung

Wir haben davon auszugehen, dass die Beteiligung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften²¹⁷ an einer AG ein öffentliches Beteiligungsinteresse bzw. wichtiges Interesse²¹⁸ erfordert im Zweck und Gegenstand der Gesellschaft, wo die Beteiligung erfolgen soll. Damit wir dieses Interesse analysieren können, müssen wir die in Frage kommenden Interessen konkretisieren. Im folgenden wollen wir am Beispiel des Luftverkehrs vorgehen und fragen, welche öffentlichen Interessen können öffentlich-rechtliche Körperschaften veranlassen, sich an einer Luftverkehrsgesellschaft des Linienverkehrs, das heisst an der Gesellschaft selbst, zu beteiligen. Während dieses Problem noch relativ leicht zu bewältigen ist, muss im Anschluss die Frage gestellt werden, wie sich diese Interessen in der Satzung ausdrücken und vor allem wie sie sich mit den Interessen der privaten Partner vertragen, d.h. ob überhaupt und wenn ja wie ein Konsens zwischen den beiden ungleichen Partnern zustande kommt. Auf die Gefahr schematisierten Denkens ist bereits hingewiesen worden. Die theoretischen Klischees der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmungen werden der Praxis nicht standhalten. Dies bezieht sich vornehmlich auf den von der Theorie in Aussicht gestellten "ständigen Kampf der beiden ungleichen Partner", weil die Interessenlage zu verschieden sei, dass eben dieser Konsens entstehen könne. Mögen die SWISSAIR bzw. die Lufthansa auch nur Ausnahmefälle sein, so sind es doch zumindest Ausnahmefälle, die die (Falschheit der in Aussicht gestellten) Regel bestätigen.

217 Für die Gemeinden und Länder im deutschen Recht vgl. Fett, S. 50 ff.; Holtschmidt, a.a.O.

218 Vgl. vorne S. 224 ff.

b) Zweck und Gegenstand der SWISSAIR als Ansatzpunkt des öffentlichen Beteiligungsinteresses²¹⁹

Art. 1 der SWISSAIR-Statuten lautet:

¹ "Unter der Firma SWISSAIR Schweizerische Luftverkehrs-Aktiengesellschaft besteht mit Sitz in Zürich eine Aktiengesellschaft.

² Die Gesellschaft bezweckt unter Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes

- a) den Betrieb von Luftverkehr in der Schweiz und nach dem Ausland, bestehend im regelmässigen Transport von Personen, Waren und Post;
- b) die Ausübung jeder mit dem Luftverkehr zusammenhängende Tätigkeit;
- c) die Aufnahme und den Vertrieb von Luftphotographien;
- d) die Ausführung von Sonderflügen.

³ Die Gesellschaft kann alle Geschäfte tätigen, die den Gesellschaftszweck fördern können, insbesondere auch Grundstücke erwerben und sich an anderen Unternehmen beteiligen.

⁴ Die Dauer der Gesellschaft ist unbeschränkt."

Dieser Artikel sagt folgendes aus:

Die Praxis hat sich im Aktienrecht über das gesetzliche Doppelerfordernis nach Zweck und Gegenstand in den Statuten hinweggesetzt.²²⁰

So gesehen erscheint in Art. 1 der SWISSAIR-Statuten neben der Firma und der Dauer der Gesellschaft lediglich der Gesellschaftszweck, und zwar nach unserer Terminologie der Gesellschaftszweck largo sensu. Ansatzpunkte für das öffentliche Beteiligungsinteresse liefert darin zunächst die Bestimmung,

219 In der Fassung von 1977; bis auf Ziff. 3 unverändert seit der Reorganisation.

220 Vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 128.

dass, einer Prioritätenordnung folgend, die SWISSAIR den beschriebenen Luftverkehr betreibt. Es handelt sich um Linienluftverkehr, der den Charakter eines öffentlichen Verkehrsdienstes trägt.²²¹ Daraus erwächst dem Staat eine erste Verantwortung. Da die Gesellschaft bezweckt, diesen gesamten Betrieb "unter Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes" zu führen, ist in abstraktester Form der Bezug für den Staat bzw. die öffentlich-rechtlichen Körperschaften zum Beteiligungsinteresse hergestellt. Gerade an dieser Stelle tritt die Falschheit schematisierten Denkens am deutlichsten zu Tage. Es darf hier nicht der Eindruck entstehen, dass diese Interessen und jene Interessen jeweils einem der Partner zugeschrieben und vorbehalten werden können. Es wird gezeigt werden, dass die meisten Interessen, die in einer Luftverkehrsgesellschaft im allgemeinen und der SWISSAIR im speziellen zusammentreffen, gemeinsame Interessen der beiden Partner sind, die sich nur in der Akzentuierung unterscheiden. Sie sind aber im gegenwärtigen Zusammenhang rechtlich relevante Voraussetzung für die Beteiligung nur der öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Die privaten Aktionäre und ihre Vertreter können sich aber gleichfalls immer den allgemeinen Interessen des Landes genauso verpflichtet fühlen.

c) Der Zweck der Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes als Oberbegriff und statutarischer Bezugspunkt des Beteiligungsinteresses

Zunächst ist allgemein darauf hinzuweisen, welcher Zusammenhang zwischen dem öffentlichen Beteiligungsinteresse, den Gesellschaftszwecken *stricto* und *largo sensu*, dem Unternehmensgegenstand und der späteren Unternehmenstätigkeit besteht. Ausgangspunkte der Problematik des öffentlichen Beteiligungsinteresses sind immer die Gesellschaftszwecke und der Unter-

²²¹ Vgl. vorne S. 62 ff.

nehmensgegenstand. Die Körperschaft muss das öffentliche Interesse in der von der Gesellschaft spezifisch und konkret zu erfüllenden Aufgabe nachweisen können; Aufgabe meint rechtlich Zweck und Gegenstand. Dass dieser Nachweis erbracht werden kann, muss diese "Aufgabe" bekannt sein. Bei einer Neugründung ergibt sie sich aus der künftigen Aufgabe, die sich unter Umständen in Statutenentwürfen konkretisiert, bei einer nachträglichen Beteiligung ist es die aktuelle Aufgabe, die das Unternehmen erfüllt mit seinen aktuellen Statuten. Das Erfordernis des Bezuges des öffentlichen Beteiligungsinteresses muss also logischerweise zu einer inhaltlichen Uebereinstimmung dieses Interesses mit der spezifisch und konkret zu erfüllenden bzw. erfüllten Aufgabe der Gesellschaft führen. Ist diese inhaltliche Uebereinstimmung absolut, wird bei der nachträglichen Beteiligung nicht einmal eine Statutenänderung notwendig sein. Es ist aber denkbar, dass die Interessen, die die öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit der Beteiligung verfolgen, weiter gehen und vielleicht neben den übereinstimmenden Interessen andere bestehen, die zusätzlich zu den Interessen gewahrt sein wollen, die bereits bestehen. Wäre dies nicht zulässig, d.h., würde man absolute Interessenkongruenz fordern, könnte eine nachträgliche Beteiligung der Körperschaften gar nie eine Änderung der Unternehmenstätigkeit in der Richtung vermehrter Wahrung öffentlicher Interessen bewirken. Dann kann eine Statutenänderung notwendig werden, vor allem bezüglich der Zwecke. Aus diesen Ueberlegungen müssen wir also folgende Schlüsse ziehen:

- Die Konkretisierung der Gesellschaftszwecke beinhaltet immer gleichzeitig eine Konkretisierung eines hypothetischen Beteiligungsinteresses der öffentlichen Hand.
- Da keine absolute Kongruenz der Beteiligungsinteressen (privater und öffentlicher Aktionäre) bestehen und somit gefordert werden kann, muss der nachmalige Gesellschaftszweck (largo und stricto sensu) nicht als Summe, sondern als gemeinsamer Nenner der Beteiligungsinteressen erkannt werden.

- Der Zusammenhang dieser Begriffe geht insofern noch weiter, als die nachmalige Organtätigkeit an die Gesellschaftszwecke gebunden ist; so wird auch diese inhaltlich mit den Gesellschaftszwecken bzw. wie gezeigt mit den Beteiligungsinteressen übereinstimmen.
- Das Öffentliche Beteiligungsinteresse ist somit inhaltlicher Bestandteil der Gesellschaftszwecke geworden und Leitgedanke der organschaftlichen Tätigkeit neben den Leitgedanken der privaten Beteiligungsinteressen unter einem gemeinsamen Nenner. Dieser kann nun wieder zerlegt werden in die beiden Interessenssphären öffentlich-privaten vor der gemeinsamen Nennerbildung. Die Folge werden Interessen sein, die beide Partner gleichsam zu wahren gewillt sind, und solche, die nur eine Interessengruppe überhaupt oder besonders prononciert verfolgt. Die Analyse der Beteiligungsinteressen muss deshalb typisierend für die jeweilige Interessengruppe verstanden werden. Es ist aber von der rechtlich relevanten Tatsache auszugehen, dass die Typisierung der Interessen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften einfacher und eindeutiger ausfallen muss, weil sie nur, und nur zur Wahrung öffentlicher Interessen sich an privaten Unternehmen beteiligen dürfen, während die Privataktionäre und -verwaltungsräte keinesfalls nur private Interessen wahren dürfen; auch sie können sich ohne weiteres der Wahrung als öffentlich eingestufte Interessen verpflichten, nur dürfte das nicht typisch und nicht die Regel sein. Um die spezielle und konkrete Interessenslage, mit der SWISSAIR als praktischem Beispiel, einer gemischtwirtschaftlichen AG zu ergründen, versetzen wir uns in die Lage der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die sie nach dem zweiten Weltkrieg bewog, sich zu beteiligen. Daneben wird dem zeitlichen Wandel der Begriffsinhalte Rechnung zu tragen sein.

Im konkreten Fall schliesslich wird in der Regel zwischen der Gesellschaft und der Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Vertrag abgeschlossen, durch den die Körperschaft die ihr angebotene Sonderstellung annimmt. Dieser Vertrag wird meistens zustande kommen, bevor die Generalversammlung über die Statuten bzw. deren Aenderung beschliesst. Insofern bindet er die Parteien unter der Suspensivbedingung, dass die Mitwirkungs- und Mitverwaltungsrechte im nachmaligen Generalversammlungsbeschluss verankert werden.

VIII. DIE BESTANDTEILE DES OEFFENTLICHEN BETEILIGUNGSINTERESSES IN DER LUFTVERKEHRSGESELLSCHAFT

1. Fragestellung

Wir gehen von folgender Frage aus : Welches waren und sind auch heute noch die Interessen, die den Staat oder seine öffentlichrechtlichen Körperschaften dazu bewegen können, sich an einer Linienluftverkehrsgesellschaft zu beteiligen. Dabei wollen wir sowohl diese spezifisch schweizerischen, als auch die allgemeinen Motive untersuchen, die zu einer solchen Beteiligung an einer bestimmten Unternehmung führen.

2. Nochmals: Die Begrenztheit des interventionistischen öffentlich-rechtlichen Instrumentariums und das Gesellschaftsrecht

Wie vorne ausführlich analysiert,²²² wurde nach dem zweiten Weltkrieg das bisher verwendete Instrumentarium von Konzession und Subvention als für ungenügend erachtet, um allen öffentlichen Interessen adäquat zu dienen. Mit den oben genannten

222 Vgl. vorne S. 172 ff.

Instrumenten wurden zwar schon wichtige öffentliche Interessen gewahrt, aber sowohl ihr Umfang, als auch ihre konkrete Durchsetzung sind damit sehr begrenzt.

Ausschliesslich über die Konzession wird die Marktregulierung wahrgenommen. Dieser Praxis verdankt die SWISSAIR ihr Zugangsmonopol zum Linienverkehr. Ebenfalls in der Konzession werden die Grundsätze der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsbedienung, soweit sie der Luftverkehr erlaubt, verankert. Mit den Betriebssubventionen, welche die SWISSAIR seit langem nicht mehr erhält, wurde der betriebliche Ausbau der SWISSAIR gesteuert. Der Mangel all dieser Massnahmen war aber der, dass sie nur dafür verwendbar waren, gewissermassen ein Betätigungsfeld abzustecken. Auf die allfällige Gestaltung der Geschäftspolitik der konkreten Gesellschaft, die innerhalb dieses Betätigungsfeldes aktiv war, hatte man aber keinen Einfluss, obwohl bestimmte wichtige öffentliche Interessen, seien es solche des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden, am besten z.T. ausschliesslich über die die Organe dieser Gesellschaft gewahrt werden konnten. Der Linienverkehr mit dem Charakter eines öffentlichen Verkehrsdienstes musste diesen Wunsch für legitim erachten und Art. 762 OR schliesslich die gesetzliche Basis für die organmässige Vertretung schaffen.

3. Die Interessen mit politischem Hintergrund

a) Die staatliche Beteiligung als Ausfluss der staatlichen Daseinsvorsorge

aa) Der Begriff der Daseinsvorsorge nach der Konzeption Forsthoffs

E. Forsthoff kann als Vater des Begriffs der Daseinsvorsorge gelten. Seine Konzeption hat zwar Eingang in die Literatur gefunden, ist aber nicht ohne zum Teil harte Kritik geblieben.

Müller²²³ fasst Forsthoffs Konzeption folgendermassen zusammen: E. Forsthoffs Wortschöpfung der "Daseinsvorsorge" hat ihren Ursprung in einer Analyse des Lebensraumes des Menschen. Dieser teilt sich in einen sogenannten effektiven und einen sogenannten beherrschten Lebensraum. Im beherrschten Lebensraum kann der Mensch frei gestalten und verfügen, dort ist er "Herr im Haus". Der effektive Raum reicht über den beherrschten Raum hinaus; er ist jener ganze Bereich, in dem sich das Leben tatsächlich vollzieht. Mit unserer technischen Entwicklung ist aber einerseits zwar der effektive Lebensraum immer grösser geworden, der beherrschte aber andererseits immer kleiner, bis zum totalen Verschwinden. In dieser Lage, in einem fast unbegrenzten effektiven Lebensraum ist auch die soziale Bedürftigkeit²²⁴ des Menschen mitgewachsen. Diese Lage besteht nach Forsthoff darin, dass sich der Mensch die notwendigen oder erstrebten Lebensgüter nicht (mehr) durch Nutzung eigener Sachen zugänglich machen kann, sondern dass er sie sich von aussen, von fremdem Eigentum mit Gütern versorgen muss. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass diese Lage nicht mit sozialer Fürsorge gleichgesetzt wird. Jene Lage ist von der rein ökonomischen Situation des einzelnen unabhängig. Die Güterversorgung von fremdem Eigentum her wächst im gleichen Masse, in dem der beherrschte Lebensraum enger, der effektive hingegen weiter wird.

Diese Basis nun, auf der Massnahmen ergriffen werden müssen, um dieses Versorgungsbedürfnis zu befriedigen, nennt er schliesslich "Daseinsvorsorge".

Die Verantwortung bezüglich dieser Daseinsvorsorge ist nun einem historischen Wandel unterlegen. Lag sie zu Beginn der kapitalistischen Epoche beim einzelnen, in der zweiten Hälfte

223 A.a.O. S. 116 ff.

224 Nicht zu verstehen als Armut, die Sozialleistungen in Form von Geld vom Staat verlangt.

des 19. Jahrhunderts bei sozialen Gruppen wie z.B. der Arbeiterschaft, im Kampf um einen angemessenen Lohn, so liegt sie heute beim Staat, wobei auch dem heutigen Menschen eine individuelle Daseinsverantwortung geblieben ist. Definierte nun Forsthoff anfänglich die Daseinsvorsorge als "Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist",²²⁵ löste er ihn später ganz vom Begriff der Lebensnotwendigkeit: "Der Daseinsvorsorge sollen alle Leistungen der Verwaltung an die Staatsgenossen zugerechnet werden. Dabei kann es zunächst keinen Unterschied ausmachen, ob diese Leistungen lebensnotwendig sind oder nicht."²²⁶

bb) Die Kritik an der Konzeption Forsthoffs²²⁷

Wohl hat sich der Begriff der Daseinsvorsorge in der deutschen verwaltungsrechtlichen Literatur allgemein durchgesetzt, er wird aber meistens in einem weiten Sinn gebraucht: jede in irgendeiner Beziehung "öffentliche" Versorgungsaufgabe gilt als Daseinsvorsorge.²²⁸

Im übrigen wurde die Auffassung Forsthoffs zum Teil als zu weit und zum Teil als für zu eng befunden. Müller²²⁹ neigt eher zur Ansicht, dass jene Kritiken berechtigt seien, die die Konzeption als zu weit darstellen, weil nach ihr die Gefahr bestehe, "dass das Gebiet der Daseinsvorsorge sich ins Uferlose ausdehnt, wenn man nur nach der Funktion, nicht auch nach deren Träger fragt." Ebenfalls als berechtigt erachtet er die Warnungen W. Rüfners²³⁰, den theoretischen

225 Forsthoff, S. 342.

226 Vgl. Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. Res publica; Beiträge zum öffentlichen Recht, hrsg. von E. Forsthoff, Bd. 1, Stuttgart 1963, S. 27.

227 Vgl. Müller, Gemeinwesen, S. 119.

228 A. Köttgen, Daseinsvorsorge und Unternehmerinitiative = Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung. Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 34, Göttingen 1961, S. 7.

229 Müller, Gemeinwesen, S. 119, vgl. zit. Anm. 41.

230 Rüfner, S. 14 ff.

Gegensatz zwischen liberalem Rechtsstaat und Wohlfahrtsstaat zu hoch zu veranschlagen. Obwohl in der Theorie die Gegensätze absolut seien, zeigen sich in der historischen Entwicklung oft nur graduelle Unterschiede.

Abgelehnt wird der Begriff in der schweizerischen verwaltungsrechtlichen Literatur, namentlich bei Z. Giacometti²³¹ und M. Usteri²³², da er Gefahren für den Rechtsstaat heraufbeschwören könnte und eine "Verharmlosung des Etatismus" bedeute, was Müller allerdings zu weit geht.²³³

cc) Der Umfang der Daseinsvorsorge in der praktischen Verwendung des Begriffs

Während sich in der theoretischen Umschreibung des Begriffes keine Einigung ergeben hat, ist man sich in der Praxis weitgehend einig, was zur Daseinsvorsorge gerechnet werden muss.

Keine Differenzen bestehen bezüglich der Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung, ebenfalls Verkehrsmittel, Nachrichtenwesen und öffentliche Transportunternehmungen werden einstimmig der Daseinsvorsorge zugerechnet. Die Meinungen gehen in den Bereichen der kulturellen, der Bildungsaufgaben und der öffentlichen Fürsorge auseinander, doch wollen wir uns damit nicht belasten, da uns lediglich die Subsumption der Verkehrsunternehmen interessiert.

b) Das Gemeinwohl als Richtschnur jeder Staatstätigkeit und die inhaltliche Ausfüllung dieses Begriffes nach A.v. Loesch

Das Gemeinwohl, auch Gemeinnutzen, Gemeingut, gemeins Bestes, Gesamtwohl, Allgemeinwohl, Interesse der Allgemeinheit oder einfach das öffentliche Interesse ist ein altes Thema von

231 Z. Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 46 Anm. 32.

232 M. Usteri in SJZ 59, 1963, S. 4.

233 Müller, Gemeinwesen, S. 123.

Philosophie und Rechtswissenschaft. Im allgemeinen versteht man es im Gegensatz zum Wohl eines einzelnen oder im Gegensatz zu Partial-, Partei- oder Gruppeninteressen, wobei man sich bewusst ist, dass beide, das Gemeinwohl und das Einzelwohl, Teil des Gemeinwohls sind.

Die zahlreiche Literatur zu diesem Begriff zeigt, dass er schwer zu fassen ist. Auch A. von Loesch hat sich mit diesem Begriff auseinandergesetzt: "Alle Versuche, diesen Begriff zeitlos, wertneutral ein für allemal gültig zu bestimmen, mussten nämlich scheitern, da der Begriff Gemeinwohl logisch gesehen eine Leerformel ist. Die Worte, mit denen der Begriff Gemeinwohl ... gekennzeichnet wird, sind solche Worthülsen, Begriffe fast ohne Inhalt, was sich allein schon daran zeigt, dass sie sich auch mit gegensätzlichen Inhalten füllen lassen."²³⁴ Sie sind "für analytische Wissenschaften nicht brauchbar. Wenn sie dennoch heute verwendet werden, liegt das an ihrer formalen Strenge, die viele Wissenschaftler in 'pseudoempirischer und in pseudoessentialistischer Hinsicht besticht'. Leerformeln verführen auch wegen ihrer (oft gewollten) inhaltlichen Unbestimmtheit, wegen ihrer Inhaltsleere, die leicht mit Abstraktheit verwechselt wird, so dass sie nicht mehr kritisch hinterfragt werden. Ihr Zauber beruht für den Wissenschaftler hauptsächlich in der Verbindung von formaler Bestimmtheit und materialer Inhaltsleere, die ihr scheinbar grosse Klarheit, verbunden mit Unwiderlegbarkeit bescheren. Sie sind deshalb oft der Punkt, an dem ein gutgläubiger Autor ein unlösbares Problem für gelöst hält."²³⁵ Nachdem A. von Loesch mit diesem Begriff so hart zu Gerichte gegangen ist, ist sein Lösungsvorschlag allerdings auch nicht dazu angetan, als praktikabel in die Literatur einzugehen.²³⁶ Richtig sind sicher die drei Grundschritte, die er zur inhaltlichen Ausfüllung der Leerformel

234 v. Loesch, S. 202 f., zur Geschichte des Begriffs und seiner Klärung vgl. S. 199 f.

235 Ders. S. 202.

236 Vgl. die verschiedenen Verfahren, die er a.a.O. S. 203 ff. anbietet.

Gemeinwohl anbietet. Wir müssen danach den Begriff vorerst prinzipiell leer lassen und ihn jeweils durch konkrete Programme, für bestimmte Institutionen während bestimmter Zeitabschnitte und materiellem Inhalt füllen. Die inhaltliche Leere der Formel Gemeinwohl sei kein Grund, sie als unbrauchbar abzulehnen. Das jeweils Gemeinwohl muss nur durch aktuelle und/oder geschichtsbezogene Normen festgelegt werden. Der erste Schritt verlangt die Ausklammerung aller nicht-gemeinwirtschaftlichen Inhalte; so gesehen ist das Gemeinwohl nie qualitativ ein Individualwohl, das Wohl eines Einzelnen oder eines blossen Interessenverbandes. Der zweite Schritt besteht in der Definition dieser Vielzahl von Menschen. Zumeist ist es das Wohl des "Staatsvolkes" einer Gebietskörperschaft. "Das Wohl nichtstaatlicher Verbände kann nur dann Gemeinwohl sein, wenn es auf das Wohl einer umfassenden Gesamtheit ausgerichtet ist, wie dies bei Parteien, Einheitsgewerkschaften, umfassenden Wohlfahrtsverbänden oder Kirchen in der Regel der Fall ist."²³⁷

Zuletzt muss ein Mechanismus aufgefunden werden, mit dem das Wohl der zuvor definierten Vielheit von Menschen in eine operationale Zielkonzeption für eine Organisation, z.B. für ein bestimmtes Unternehmen, in einer bestimmten Situation bzw. in einem bestimmten Zeitraum umgewandelt werden kann, also im Auffinden eines Mechanismus, mit dessen Hilfe die Leerformel "Gemeinwohl" immer wieder konkretisiert werden kann.

Richtig ist sicher die Schlussfolgerung, dass ein zeitloser, wertneutraler, für allemal gültiger Begriff nicht gefunden werden kann. Man muss seine Bedeutung variieren. "Dem Strukturbau unseres Rechtsstaates entsprechend - Gemeinde, Kanton - Bund ..."²³⁸, denn auf diesen verschiedenen Ebenen sind auch die öffentlichen Interessen verschieden und nicht

²³⁷ v. Loesch, S. 203.

²³⁸ Stoffel, S. 112.

unter einen Hut zu bringen. Eine zweite Relativierung muss der Begriff erfahren dadurch, dass, wer Aussagen über ihn macht, weitgehend von eigenen Wertvorstellungen ausgeht, die bei der Beurteilung dieser Aussagen zunächst unbeachtet bleiben müssen.²³⁹ Diese Einsicht in die Relativität aller menschlichen Wertvorstellungen und damit des Inhaltes des Gemeinwohlbegriffs braucht aber dennoch nicht zu einem "standpunktlosen Relativismus zu führen. Es ist möglich, seinen Inhalt wenigstens durch zwei sinnvolle Grenzen zu bestimmen.³⁴⁰ Die erste besteht in der Zeitbezogenheit allen Denkens, das heisst, keine Gemeinwohlidee kann ohne historischen Bezug gesehen werden. So wären z.B. heute Ständestaatsideen nicht mehr durchsetzbar. Eine andere Errungenschaft unserer Zeit ist der Zwang zur Humanität, der zur Ueberlebensfrage geworden ist für die ganze Menschheit. Gemeinwohlideen nationalistischer, rassistischer oder faschistischer Art sind deshalb heute nicht mehr als Gemeinwohlideen möglich."²⁴¹

Innerhalb dieser Grenzen werden aber auch wiederum die verschiedensten Gemeinwohlinterpretationen vorhanden sein. Im Rahmen der politischen Willensbildung im liberalen Rechtsstaat werden die verschiedensten Gemeinwohlinterpretationen um die Zustimmung der Oeffentlichkeit konkurrieren. "Der demokratische Prozess von Zustimmung oder Ablehnung nach einer Diskussion um die inhaltliche Bestimmung des Begriffs des Gemeinwohles [im Rahmen eines vorgetragenen bestimmten politischen Konzeptes] entscheidet dann in der jeweiligen konkreten Situation [durch das Abstimmungsresultat], was die Gesellschaft unter Gemeinwohl versteht."²⁴² Dieses Ge-

239 Die sogenannte kritizistische Methode der Gemeinwohlbestimmung nach Theo Thiemeyer, zit. in v. Loesch, S. 205.

240 v. Loesch, S. 206.

241 Vgl. W. Hesselbach, Die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, 2. überarbeitete Auflage, S. 152.

242 Vgl. Hesselbach, S. 152.

meinwohl wird alle Lebensbereiche umfassen, humanitäre und ethische, geistige und ästhetische, politische, gesellschaftliche und ökonomische.

Ist dieser Begriff des Gemeinwohls endlich definiert, bildet sein Inhalt bindende "Richtschnur" jeder Staatstätigkeit.

Sie ergibt sich aus der Natur des Staates, der "ausschliesslich im Dienste des Gemeinwohles tätig werden darf".²⁴³

Deshalb erscheint der Staat immer als Betreuer der transpersonalen und vor allem überindividualistischen Interessen,²⁴⁴ ganz unabhängig davon, welcher Rechtsinstitute er sich bei der Erfüllung dieser Aufgabe bedient. Anschliessend wird diese Formel nach den Kriterien, wie sie vorne aufgestellt wurden,²⁴⁵ für den Linienluftverkehr ausgefüllt werden müssen.

243 H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1966, S. 763. Vgl. ferner H.C. Brenne, Die Gemeinden als Aktionäre, Diss. Heidelberg 1965, S. 122; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, Tübingen 1963, S. 476; W. Hamm, Kollektiveigentum, Die Rolle öffentlicher Unternehmen in der Marktwirtschaft, Veröffentlichungen des Forschungsinstitutes für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Band 9, Heidelberg 1961, S. 21; H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, hrsg. von E. Forsthoff, Band 18, 1968, S. 26; C. Holtschmidt, S. 24 und 69; E. König, Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsform der Aktiengesellschaft, Diss. Frankfurt a.M. 1931, S. 32.

244 Vgl. E.M. Hofmann, Wandlungen und Tendenzen in der Machtstellung und Zusammensetzung der Verwaltung privater Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1954, S. 17.

245 Vgl. vorne S. 245 f.

IX. DIE KONSEQUENZEN FÜR DEN LUFTVERKEHR

1. Nochmals: Luftverkehr und Leistungsverwaltung

Die staatliche oder staatlich beeinflusste Luftverkehrsgesellschaft ist im Sinne unserer Definition ein Bestandteil der Leistungsverwaltung.²⁴⁶ Das Recht der in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehenden gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft hat sich aber bereits als ein "Gemeinse staats-, verwaltungs- und privatrechtlicher Bestandteile"²⁴⁷ erwiesen.

2. Luftverkehr und Daseinsvorsorge

Wir haben oben²⁴⁸ die Problematik des Begriffes der Daseinsvorsorge bereits angeschnitten. Dieser Begriff wird aber häufig verwendet, um die Betätigung der Gebietskörperschaft in materielle Verwaltung und Wirtschaftstätigkeit trennen zu können, wobei die Bejahung einer Daseinsvorsorgetätigkeit dazu führt, dass dieser Sachverhalt der materiellen Verwaltung unterstellt werden will. Das Wesen der Leistung, die der Daseinsvorsorgeverantwortung des Staates entspringt, besteht darin, dass es die Lücke im Appropriationsbedürfnis des Individuums, die durch den Wandel von der Agrar- zur Industriegesellschaft entstanden ist, schliessen soll. Aus dem Sozialstaatsprinzip ergibt sich die Verpflichtung des modernen Leistungsstaates zur Daseinsvorsorge.

Es liegt nun fast auf der Hand, dass ebenfalls die Bereitstellung von Verkehrsmitteln in diesen Bereich gehört. Das Betreiben von Daseinsvorsorge, gleichgültig ob es in öffentlich-rechtlichen oder in Formen des Privatrechts ausgeübt wird,

²⁴⁶ Vgl. vorne S. 52 ff.

²⁴⁷ Helmut Ridder, in: Hans Fischerhof, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Frankfurt a.M. 1956, im Geleitwort.

²⁴⁸ Vgl. vorne S. 240 ff.

fällt in den Handlungsbereich der materiellen Verwaltung, wobei es sich inhaltlich um einen Teilbereich der Leistungsverwaltung handelt.

Der Verfasser geht mit den Kritiken einig, die feststellen, dass der Begriff der Daseinsvorsorge deskriptiv verstanden werden muss, d.h., dass man ihn nicht als Rechtsbegriff anerkennen soll. Als solcher dient uns der Begriff des öffentlichen Interesses (Art. 762 Abs. 1 OR).

Es gilt aber nun zu beachten, dass Leistungen der Daseinsvorsorge keineswegs nur von der öffentlichen Verwaltung erbracht werden. Diese Versorgung, weniger im Gas-, Wasser- und Elektrizitätssektor, aber mehr im Verkehrssektor, wird heute in grossem Masse von Privaten erbracht. Die Kritiker stellen in diesem Zusammenhang ebenfalls richtig fest, dass die Versorgung keinesfalls eine Domäne der Staatlichkeit darstellt. Es ist richtig, dass sie eine öffentliche Aufgabe darstellt, das heisst eine Aufgabe, die die Öffentlichkeit angeht. Aber die staatliche Verantwortung für die Garantie dieser Versorgung hat Grenzen; es existiert kein staatliches Monopol für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen. Feststehen kann also, dass die Feststellung, Luftverkehr stellt einen Bereich der Daseinsvorsorge dar bzw. entspringt der Daseinsvorsorgeverantwortung des Staates, zwar richtig ist und Folgen haben kann; diese Konsequenzen können aber nicht normativer Natur sein. Solche entspringen der Feststellung, dass Luftverkehr in allgemeinem öffentlichem Interesse liegt. Diese Feststellung hat normative Konsequenzen (Art. 762 OR). Insofern kann der Begriff der Daseinsvorsorge tatsächlich als überflüssig betrachtet werden, aber seine Verwendung als deskriptiver Terminus technicus ist praktisch und in diesem Sinne unproblematisch. Die SWISSAIR ist als Verkehrsdienst mit öffentlichem Charakter ein Unternehmen der Daseinsvorsorge. Bezüglich ihrer Existenz und der Kon-

trolle darüber, ob sie diese Aufgabe richtig erfüllt, trägt der Staat die Daseinsvorsorgeverantwortung. Aehnlich dem Gemeinwohl ist die Ausfüllung dieser Formel zeitabhängig. Im 20. Jahrhundert ist aber der Luftverkehr in den Daseinsvorsorgeverantwortungsbereich zwischen beherrschtem und effektivem Lebensraum getreten, um mit der Terminologie Forsthoffs²⁴⁹ zu sprechen. Unter diesen Aspekten des Daseinsvorsorgegedankens erfolgt die staatliche Aktivität, bestehend aus Beteiligung und Kontrolle im Luftverkehr.

3. Luftverkehr und Gemeinwohl²⁵⁰

Das Gemeinwohl ist notwendigerweise aus rechtlichen Ueberlegungen eine Komponente der Zweckbestimmung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die nur im Hinblick auf die direkte Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit privatrechtlichem Instrumentarium tätig werden darf. Die Vermutung, dass Linienverkehr der Allgemeinheit dient, wird zweifellos richtig sein, wiederum wegen seines Charakters als öffentlicher Verkehrsdienst. Wie weit er aber dem Gemeinwohl dient, ist damit noch nicht gesagt. Sicher ist, dass er in seiner Funktion als Erbringer einer Grundleistung, die zudem schon traditions-gemäss vom Staat wahrgenommen wird, eine Verantwortung für die Erfüllung von überindividualistischen Interessen mit sozialem Aspekt trägt. Dem "Wohl" dienen heisst gleichzeitig diese sozialen Aspekte anzuerkennen und in der Tätigkeit zu berücksichtigen. Dazu besitzt der Staat rechtliche Instrumente, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche. Bei der Konkretisierung des Begriffes des Gemeinwohls ist nicht scharf auseinanderzuhalten, was mit welchem Instrument erreicht wird. Grundsätzlich kann ausser der Marktregulierung bezüglich der Zahl der in diesem Bereich tätigen Unternehmen jedem Aspekt mit beiden Instrumentarien gedient werden.

249 Vgl. vorne S. 241.

250 Vgl. vorne S. 243 ff. Hier folgt die geforderte Einzelfallgerechte Konkretisierung.

a) Sicherheit und Gemeinwohl

Die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gehört zu den allgemeinen Polizeiaufgaben des Staates. Die grossen und speziellen Betriebsgefahren der gesamten Luftfahrt liefern die materielle Rechtfertigung der staatlichen (technischen) Aufsicht über sie im Interesse der Sicherheit aller Personen, Geräte und Betriebe, die durch die entstehenden Gefahrenzustände und Mehrbelastungen gefährdet werden können:

"Das erste Ziel der Aufsicht lag daher von Anfang an in der Vermeidung von Unfällen, in der Wahrung der Sicherheit. Sicherheit ist aber nichts Absolutes, ... Es kann nur darum gehen, sie mit vertretbarem Aufwand auf ein annehmbares Mass zu beschränken."²⁵¹ Dass an der Garantie der Einhaltung von Sicherheitsvorschriften, die für das ganze Land von Bedeutung ist, der Staat, d.h. in erster Linie der Bund ein Interesse haben muss und er die diesbezügliche Verantwortung trägt, bedarf keiner weiteren Erläuterung. In erster Linie ist in diesem Bereich der Weg des Gesetzes, bzw. der Verordnung zu gehen, aber auch über den organischen Einfluss auf die Geschäftspolitik muss in dieser Richtung der Staat durch seine Vertreter wirken können, da auf der Ebene der Gesellschaft noch viel in dieser Hinsicht erreicht werden kann.

Auch die Anforderungen der öffentlichen Sicherheit unterliegen einem zeitlichen Wandel, und die Massnahmen müssen diesem angepasst werden.

b) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und Gemeinwohl²⁵²

Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Linienluftverkehr dienen per definitionem dem Gemeinwohl als Wohl der gesamten Bevölkerung, die tatsächlicher und potentieller

251 LFPO 80, S. 17.

252 Vgl. vorne S. 62 ff.

Verkehrsbenützer ist. Die Gemeinwohlorientierung besteht durch sie darin, dass sie diesem Verkehr den Charakter eines öffentlichen Verkehrsdienstes verleihen durch die Verankerung von Öffentlichkeit, Zugänglichkeit und Häufigkeit bzw. Regelmässigkeit (Art. 101 LFV). Damit ist die Formel wiederum um eine Konkretisierung nach dem Postulat von von Laesch²⁵³ reicher. Auch in dieser Richtung führt der Weg primär über das Gesetz, die Verordnung bzw. die darauf basierende Konzession und die Aufsicht der Kontrollstelle. Eine Interessenwahrung durch organschaftlichen Einfluss kann nur subsidiäre Bedeutung haben, so z.B. im Bereich der Tarifpflicht, d.h. der Preisgestaltung. Diesen Regelungen²⁵⁴ muss der Verwaltungsrat bei der Festlegung der Geschäftspolitik im Bereich der Preispolitik Rechnung tragen. Der Luftverkehr kennt zwar keine eigentlichen Sozialtarife, aber bei der Preisfestsetzung und vor allem der dieser zugrundeliegenden Preispolitik ist zu beachten, dass die Tarifbehörde bei ihrer Kontrolle sich an den Grundsatz hält, dass die Tarife nach gleichen und möglichst billigen Grundsätzen zu bestimmen sind, d.h. nicht übersetzt hoch in missbräuchlicher Ausbeutung des Monopols.²⁵⁵ Diesem Aspekt müssen die privaten Verwaltungsräte gegebenenfalls Rechnung tragen.

c) Umweltschutz und Gemeinwohl²⁵⁶

Das Verhältnis des Luftverkehrs zum Umweltschutz ist wahrscheinlich das zukunftsbestimmende Kriterium für diesen Wirtschaftszweig. Die Diskussion über den Umweltschutz allgemein, über die Verantwortung der Unternehmen gegenüber der Gesellschaft und der Natur wird seit jeher weltweit geführt. Die Idee der "Social Responsibility of Business" ist nicht neu.

²⁵³ Vgl. vorne S. 244 f.

²⁵⁴ Vgl. vorne S. 102 f.

²⁵⁵ Vgl. Schweickhardt, S. 25.

²⁵⁶ Vgl. vorne S. 243 ff.

Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat aber die Umweltbelastung ein Mass erreicht, das eine Art "neues Bewusstsein des Fortschrittes" entstanden ist. Namentlich in der allerneuesten Vergangenheit und Gegenwart scheint sich immer stärker die Einsicht durchzusetzen, dass quantitatives Wachstum, Expansion um jeden Preis allein kein lohnendes gesellschafts- und wirtschaftspolitisches Ziel sein kann. Die gegenwärtig weit verbreitete politische Zielsetzung, dass die Umweltbelastung den heute erreichten Stand insgesamt nicht mehr überschreiten darf, ja versucht werden muss, bestehende Umweltbelastungen abzubauen, ist heute richtigerweise weitgehend anerkannt und wird allgemein unterstützt. Die Unternehmen, die in stark umweltbelastenden Branchen tätig sind, müssen im Zuge dieser neuen Bewusstseinsbildung zwangsläufig in Schwierigkeiten geraten. Technisch sind die meisten Umweltprobleme lösbar und auch tatsächlich gelöst, es stellt sich aber die "Gretchenfrage", wie sich solche Massnahmen auf die, zu solcher verpflichteten Wirtschaftlichkeit der Privatunternehmen verhalten, denn Umweltschutz kostet Geld, und meist schliessen sich Umweltschutz und Wirtschaftlichkeit aus. Staehelin²⁵⁷ sieht im Luftverkehr die Lösung in einem Mittelweg: "Dies wird allerdings erschwert durch den auch in der Schweiz bestehenden Konflikt zwischen den Begehren der Luftverkehrsbenützer nach möglichst häufigen und billigen Flügen und den Begehren der Flughafenbewohner nach einer Konzentration auf möglichst wenig Bewegungen unter Beschränkung auf die Tagesstunden, wobei beide Seiten das angebliche "Profitdenken"²⁵⁸ der Fluggesellschaften, nicht zuletzt der SWISSAIR, als Haupthindernis für die Erfüllung ihrer Begehren vermuten. Auch hier gilt es, den Mittelweg zu finden zwischen einer Ausdehnung des Luftverkehrs, die mit der Umwelt schliesslich die eigene Basis zerstören würde, und einer bei immer

257 Staehelin, SWISSAIR, S. 30.

258 Vgl. hinten zur Gewinnstrebigkeit in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung im allgemeinen und bei der SWISSAIR im speziellen S. 268 ff.

mehr Einschränkungen unvermeidlichen Verbesserung, die schliesslich zur Abschnürung der Schweiz vom internationalen Luftverkehr führen müsste."

Die in diesem Zusammenhang häufig hörbare unreflektierte Forderung nach einer immer stärkeren Ausweitung der rechtlichen Restriktionen wie Genehmigungspflichten, Auflagen, Bedingungen, Widerrufsvorbehalte, Emissions- und Immissionsrichtwerte ist fatal, weil unter Umständen kontraproduktiv!

Die Forderung ist zwar als einem im Grundsatz anzuerkennenden Umwelt- und Sozialverantwortungsbewusstsein entspringend zu akzeptieren, aber sie wird dann falsch und unglaublich, wenn sie durch ihre Auswirkungen schliesslich hinterher den diesem Sozialverantwortungsbewusstsein zugrundeliegenden Grundideal entgegenwirkt. Der Schutz des Lebensraumes, die Erhaltung resp. Wiederherstellung der Lebensqualität ist heute ein Politikum allerersten Ranges. Jeder Lösungsvorschlag wird zwangsläufig mitbestimmt vom zugrundegelegten politischen Bekenntnis. Das Argument aber, das die Kontraproduktivität der obigen Forderung entlarvt, erscheint dem Verfasser als politisch wertneutral, es ist ein rein tatsächliches Phänomen der der obigen Forderung zugrundeliegenden Argumentation. Obige Forderung gipelt im Vorwurf asozialen Verhaltens der Luftverkehrsgesellschaften, speziell der SWISSAIR, weil sie "Unternehmensegoismus" praktiziert und im Interesse des Unternehmensgewinns ihre soziale Verantwortung zum Umweltschutz nicht (genügend) wahrnimmt, wobei Umweltschutz als die Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Lebensqualität im allerweitesten Umfang verstanden werden soll. Die obige Forderung bedenkt nicht, dass die durch so weit gehende Restriktionen im Namen des Umweltschutzes als sozialem Bedürfnis verursachten nachteiligen Auswirkungen auf die Produktion in Form eines riesigen zusätzlichen Aufwandes die Vorteile der Verminderung der Umweltbelastung durch noch grössere soziale Nachteile überwiegen können,

weil nur der rentable Privatbetrieb in unserem liberalen grundsätzlich kapitalistischen Wirtschaftssystem in der Lage ist, Vollbeschäftigung zu garantieren, ja durch sein Wachstum neue Arbeitsplätze zu schaffen, gute Löhne zu entrichten, den Arbeitsplatz komfortabel zu gestalten durch gesundheitspolitisch, sicherheitspolitisch und psychologisch motivierte Verbesserungen, durch Ausbau der Sozialleistungen, der Weiterbildungsmöglichkeiten u.v.a.m. Ganz abgesehen davon ist auch die (bei bestehender Möglichkeit) Subventionsunabhängigkeit ein riesiger sozialer Nutzen, wenn man bedenkt, dass der Teil, der nicht gewinnmässig erwirtschaftet werden kann, umgewandelt in eine Subvention letztlich den Steuerzahler trifft.

Das Ziel einer per saldo wirklich sozialen Umweltpolitik im Sinne eines sozialen Gesamtkonzeptes muss deshalb unbedingt in einem Ausgleich bestehen, der gleichzeitig mit der Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit, der Rentabilität und eines angemessenen Wachstums der betroffenen Unternehmen die Optimierung der Eindämmung der Umweltbelastungen garantiert. Die einseitige Ueberbetonung eines jeden der beiden Ziele ist per saldo asozial, nicht aber der gerechte Ausgleich. Dieser Ausgleich muss als gesellschaftlicher Gesamtnutzen interpretiert werden, der nicht asozial sein darf. Das sogenannte soziale Optimum liegt im Maximum dieses Gesamtsystems.²⁵⁹

Unseres Erachtens müssten sich diese Richtlinien für eine Interessenswahrung im Bereich Umweltschutz als einem Bereich der Gemeinwohlverpflichtung ergeben. Obwohl sie wertneutral erscheinen, darf ihnen aber dennoch ein subjektiver Gehalt wohl nicht abgesprochen werden. Feststeht, dass der Umweltschutzgedanke einem starken zeitlichen Wandel unterliegt

259 Vgl. K.E. Boulding, Einführung in die Wohlfahrtsökonomik, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, hrsg. von Gérard Gäfigen, 2. Auflage, Köln und Berlin 1967, S. 77-109, hier S. 86.

und dass der Staat durch seine Vertreter eine Art Oberverantwortung für seine Konkretisierung und Einhaltung wahrnimmt, denn dieses Verantwortungsbewusstsein der Privatwirtschaft und ganz speziell der SWISSAIR einfach abzusprechen, ist nicht zulässig. Auch sie hat durch verschiedene Massnahmen bewiesen, dass sie sich in dieser Richtung ebenfalls dem Gemeinwohl verpflichtet fühlt. Die gesamte Flottenbeschaffungspolitik der SWISSAIR ist heute mit den Umweltschutzbelangen als auf der ganzen Welt führend nicht übertrieben charakterisiert, wenn dieser technische Exkurs erlaubt ist. Die DC-9-81, die DC-10, die B-747 und namentlich auch der kommende A-310 sind "Inbegriffe" sparsamer und leiser Fluggeräte. Daneben ist auch die diesbezügliche Gesetzgebung in der Schweiz fortschrittlich.²⁶⁰

d) Volkswirtschaftlicher Nutzen und Gemeinwohl²⁶¹

Schon von allem Anfang an wurde im volkswirtschaftlichen Nutzen die Hauptaufgabe des schweizerischen Luftverkehrs erblickt: "Aufgabe der Luftverkehrspolitik ist, die Beziehungen im Luftverkehr so zu ordnen, dass sie der Volkswirtschaft einen möglichst grossen Nutzen bringen."²⁶² Ganz speziell in diesem Bereich wird die Gemeinsamkeit öffentlicher und privater Interessen deutlich zu Tage treten. So nimmt auch die neueste Formulierung der schweizerischen Luftfahrt diesen Gedanken wieder auf: "Der kommerzielle Luftverkehr hat mit seinen weltweiten Verbindungen die Schweiz erst richtig aus der Binnenlage befreit. Handel und Industrie, Fremdenverkehr, international tätige Dienstleistungsunternehmen wie Banken und Versicherungen könnten ohne Luftverkehr im internationalen Wettbewerb kaum mehr bestehen. Der Luftverkehr trägt

260 Vgl. Dissertation Chanson.

261 Vgl. vorne S. 243 ff.

262 LFPO 53 S. 761.

selbst jedes Jahr Hunderte von Millionen an die nationale Zahlungsbilanz bei."²⁶³ Daraus erwächst dem Staat die Aufgabe, die Erleichterung eines eigenwirtschaftlichen Betriebes der Unternehmen im Hinblick auch auf Arbeitsplätze und Investitionen; unter Berücksichtigung der Konsumenteninteressen, der Wahrung der eigenen Luftverkehrsinteressen im Verhältnis zum Ausland, der Ordnung des Wettbewerbes auch durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, anzustreben, daneben auch die Fragen zu regeln, die sich aus der Umweltbelastung und den Grenzen des Wachstums ergeben.²⁶⁴ Auch hier wird in erster Linie die Formulierung der Luftverkehrspolitik auf höchster staatlicher Ebene die Richtung weisen, diesbezügliche Entscheidungen fallen aber häufig auf der Ebene der Luftverkehrsgesellschaft; die Investitionspolitik, Flottenbeschaffungspolitik, die Ausgestaltung der Flugpläne geht von der Gesellschaft aus. Eine zweckmässige Verwirklichung dieser staatlichen Oberziele ist nur durch eine Beteiligung an dieser Luftverkehrsgesellschaft realisierbar. Sie erbringt schliesslich eine Basisleistung für die Volkswirtschaft, sie ist eines ihrer Instrumente, mit dem der Staat sie mitgestalten kann, d.h. die Unternehmenspolitik muss sich in die staatliche Wirtschaftspolitik integrieren lassen. Daran muss der Staat ein Interesse haben, weshalb er sich an ihr beteiligen soll. Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Luftfahrt teilt sich auf die Ebenen Land, Kanton, Stadt/Gemeinde auf. Zunächst eröffnet nämlich der Luftverkehr durch die Zurverfügungstellung raschster Transportgelegenheiten in die entferntesten Gebiete der Volkswirtschaft neue Möglichkeiten der Kontaktnahme mit der ganzen übrigen Welt. Der Einfluss lässt sich auf bestimmte geographische Bezirke, politische Verwaltungseinheiten und Wirtschaftszweige aufteilen,

263 LFPO 80, S. 8.

264 Vgl. LFPO 80, S. 28.

sowie in direkte und indirekte Wirkungen.²⁶⁵ Danach zeigen sich die direkten Wirkungen vor allem in solchen Gemeinden, die in unmittelbarer Nähe der Grossflughäfen liegen und bei denen sich ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Ausbau des Flughafens mit dem Aufschwung der umgebenden Region zeigt.²⁶⁶ Als solche bezeichnet man den Zuzug von Personal der Fluggesellschaften und der Flugplatzverwaltungen, die Gründungen und Ansiedelung von Hilfsbetrieben und Lieferanten des Flugverkehrs in Flugplatznähe, die Anregung der Bautätigkeit, die allgemeine Intensivierung des Geschäftsbetriebes, das daraus resultierende Anwachsen der Steuereinnahmen, aber auch der Ausgaben dieser Gemeinden usw. Die indirekten Wirkungen zeigen sich in einer allgemeinen Anregung der Wirtschaft, dem Aufschwung des Fremdenverkehrs, der Abhaltung von internationalen Konferenzen und Kongressen und schliesslich überhaupt in der Förderung des Handels und der Industrie. Diese Förderung geschieht sowohl durch den Geschäfts- und Transitverkehr, als auch durch den Fracht- und Postverkehr. Das Interesse eines sicheren, schnellen Transportes zu adäquaten Preisen ist allen gemeinsam. Ein grosser Teil der Flugpassagiere reist aus beruflichen Gründen, und das ist gerade im schweizerischen Luftverkehr nicht erstaunlich. Es ist natürlich, dass eine Volkswirtschaft um so mehr auf gute internationale Verkehrsverbindungen angewiesen ist, je stärker ihre Wirtschaft mit dem Ausland verflochten ist. Das trifft auf die Schweiz als einem hoch-industrialisiertem Land mit einem sehr starken Dienstleistungssektor, aber einem z.B. von Rohstoffen extrem abhängigen Land ganz besonders zu. Die weltweite Verbindung der Schweiz mit den Abnehmer-, aber auch mit den Bezugsmärkten ist für sie lebenswichtig. Die Schweiz hat eine unvergleichlich hohe

265 Vgl. die Unterscheidung von W. Hill, S. 44.

266 Die Beispiele Kloten, Opfikon, Rümlang vgl. in Hill, S. 45 ff.; zum Flugplatzprogramm LFPO 53, S. 797 ff., LFPO 80, S. 53 ff.

Exportintensität entwickelt. Die Aufrechterhaltung und der Ausbau dieser Geschäftsbeziehungen in aller Welt ist deshalb von allergrössten Wichtigkeit. Der Luftverkehr ermöglicht erst den regelmässigen persönlichen Kontakt zwischen den enternten Geschäftspartnern und zu den Niederlassungen und Vertretungen der einheimischen Unternehmen.

Einen anderen wichtigen Bereich der Volkswirtschaft stellt der Fremdenverkehr dar, wo es neben den selbstverständlichen privaten auch staatliche Interessen gibt, die der Staat unter Umständen durch direkte Intervention anstrebt.²⁶⁷ Primär wirkt er sich positiv auf die Zahlungsbilanz aus aus durch den Zuwachs von Devisen, resultierend aus den Währungsverkäufen an ausländische Touristen. Der Fremdenverkehr begünstigt ferner die Vollbeschäftigung, indem er in grossem Umfang der Arbeitsbeschaffung dient, was vor allem speziell in Entwicklungsländern oft ein entscheidender Faktor für eine expansive Fremdenverkehrspolitik ist. Der Luftverkehr trägt auch bei uns dazu bei, Touristen aus der ganzen Welt unserem Fremdenverkehrsmarkt zuzuführen. Der Staat hat alles Interesse daran, das bestehende Fremdenverkehrsniveau zu halten oder gar zu erhöhen im Blick auf die Vergrösserung des Volkseinkommens. Dem Luftverkehr ist hier aber eine technische Grenze gesetzt. Sein Beitrag endet mit der "Ablieferung" der Touristen auf dem Landesflughafen. Die Verteilung der Touristen in die eigentlichen Feriengebiete, vor allem in die entlegenen, obliegt anderen Transportmedien. In dieser Beziehung wird in Zukunft dem Anschluss des Luftverkehrs an andere Verkehrsmedien wie vor allem die Bahn, grössere Bedeutung geschenkt werden müssen. Insbesondere dem Bund erwächst mit diesem Bereich die Verantwortung der Koordination.

Ebenfalls von grosser Bedeutung ist der Transport von Luftfracht und Luftpost. Wenn auch der Aufbau der SWISSAIR-Flotte

267 Vgl. Häberlin, S. 20 ff.

darauf hindeutet, dass sie primär eine Passagierflotte darstellt, darf ihr Frachtverkehr nicht unbeachtet bleiben. Vor allem im Bereich hochwertiger Erzeugnisse wie Präzisionsapparate und chemischer Produkte dominiert er. Die Konkurrenz der eigentlichen Frachtcarrrier, vor allem derjenigen der Charter-Branche, ist aber gross. Zürich und Genf sind aber im Transitverkehr zu richtigen Verkehrszentren herangewachsen. Dazu haben beigetragen die zentrale geographische Lage der Schweiz, von der aus alle europäischen Zentren in ein bis zwei Flugstunden erreicht werden können, die kurzen Transitzeiten, derer sich die Schweiz dank einer unbürokratischen Zollformalitätenpraxis rühmen darf, und dem Zollfreilager Zürich, das das zweitgrösste Europas ist. Wiederum die starke Ausrichtung der schweizerischen Wirtschaft auf den Export und auf der anderen Seite ihre Abhängigkeit vom Import, ihre Stellung als Finanzzentrum und Reiseland lassen die sicheren und raschen Uebermittlungsmöglichkeiten des Luftverkehrs zu einer unbedingten Notwendigkeit werden, denn entsprechend gross ist der Umfang der Auslandskorrespondenz. Die Bedingungen für die Beförderung von Post wurden zwischen der PTT und der SWISSAIR vertraglich geregelt.²⁶⁸ In diesem Bereich kennt der amerikanische Luftverkehr eine Spezialität. Auch die Luftverkehrsunternehmen der USA, die die Funktion als Öffentliche Verkehrsdienste erfüllen, bedürfen der "finanziellen Rückendeckung durch den Staat": "Erst die Möglichkeit der Gewährung von Subventionen für vorgeschriebene Leistungen verschafft den interventionistischen Massnahmen des amerikanischen Luftamtes einen realen Hintergrund und ermöglicht es, die staatliche Luftverkehrspolitik in der Wirklichkeit durchzusetzen."²⁶⁹ Bezüglich des Postluftverkehrs ist jetzt aber entscheidend, dass im Gegensatz zu den meisten europäischen Ländern, in denen der Staat

268 Vgl. Art. 6 Abs. 2 SWISSAIR-Konzession.

269 Gasser, S. 35.

den Luftverkehrsgesellschaften gewisse feste Beträge zusichert oder gar direkte Defizitgarantien übernimmt, in den USA die Subventionen zugunsten des Luftverkehrs²⁷⁰ traditionellerweise ausschliesslich in Form übermässiger Entschädigungen für die Beförderung von Luftpost ausgeschüttet werden. In den Genuss der direkten staatlichen finanziellen Unterstützung gelangen deshalb nur die zur Postbeförderung konzessionierten Unternehmen.²⁷¹

e) Militärischer Nutzen und Gemeinwohl

Die militärischen Erwägungen bezüglich der schweizerischen Luftverkehrspolitik stehen im Hintergrund, weil die Schweiz keine Kolonien besitzt und dort auf die rasche Durchsetzung der Macht angewiesen ist, sie ein neutraler Kleinstaat ist, der keine Machtpolitik verfolgt, sie keine nennenswerte Flugzeugindustrie besitzt und für die Standortfrage ziviler Flugplätze wirtschaftliche und verkehrstechnische, nicht taktische Ueberlegungen ausschlaggebend sein müssen.²⁷²

Dennoch bestehen aber wichtige Berührungspunkte zwischen dem zivilen und militärischen Luftverkehr.²⁷³ Zunächst ging die Entwicklung des zivilen Luftverkehrs überhaupt vom Militärflugwesen aus.²⁷⁴ Ferner wird der Nachwuchs der zivilen und der militärischen Luftfahrt aus dem selben Reservoir gespiesen. "Im Milizsystem dient ein Teil der Piloten sowohl der Flugwaffe als auch dem Luftverkehr."²⁷⁵

270 Es handelt sich dabei ausschliesslich um diejenigen staatlichen Unterstützungen, welche dem kommerziellen Luftverkehr direkt zur Verfügung gestellt werden; alle indirekten öffentlichen Hilfen, wie die Bereitstellung von Flughäfen und Navigationshilfen, werde in diesem Zusammenhang nicht erfasst. Vgl. Gasser, S. 35, Anm. 3.

271 Vgl. Gasser, S. 35 f.; Lissitzyn, S. 43 ff.

272 Vgl. Keller, S. 109.

273 Vgl. Lissitzyn, S. 68 ff.

274 Ders. S. 68.

275 LFPO 80, S. 125.

Das hat dazu geführt, dass zweckmässigerweise die Massnahmen zur Förderung des fliegerischen Nachwuchses für beide Seiten zusammengefasst wurden. Mit Bundesbeschluss vom 3. Oktober 1958 über diese Förderung wurde diese im wesentlichen zur Aufgabe des Staates gemacht. Danach rechtfertigt sich dies insbesondere aus der nationalen Bedeutung der zivilen und der militärischen Luftfahrt, aus der notwendigen Abstimmung zwischen den zivilen und militärischen Bedürfnissen und Laufbahnen, aus der Gleichstellung der Luftfahrtberufe im Verhältnis zu anderen technischen und akademischen Berufen, in denen die Grundausbildung weitgehend von der öffentlichen Hand übernommen wird. Dieses Vorgehen wird in vielen anderen Ländern auch praktiziert. Frankreich und die Niederlande besitzen staatliche Luftfahrtschulen; in der I D, in Belgien und Grossbritannien werden solche Schulen nicht vom Staate selbst betrieben, wohl aber übernimmt der Staat die Kosten oder doch einen wesentlichen Teil davon. In anderen Ländern besteht eine so starke Luftwaffe, dass aus ihr der zivile Luftverkehr ohne hohen Mehraufwand Piloten übernehmen kann.²⁷⁶

Auf die wichtige Aufgabe einer Luftverkehrsgesellschaft im Kriegsfall hat auch der Bundesrat hingewiesen: "Schliesslich möchten wir erwähnen, dass die Luftflotte der SWISSAIR eine wertvolle Transportreserve für Zeiten internationaler Krisen darstellt; dass sie in gespannten Lagen vielleicht das einzig sichere Mittel für die rasche Heranschaffung unentbehrlicher Güter und für die Aufrechterhaltung der Beziehungen mit der befreundeten Aussenwelt sein könnte."²⁷⁷ Diese Ueberlegungen dienen dem Gemeinwohl, indem sie den Dissuasionsgedanken stärken und im Kriegsfall für optimales Personal und unsere Sicherheit im militärischen Sinn besorgt sind.

²⁷⁶ Vgl. LFPO 80, S. 124 ff.

²⁷⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Anschaffung von zwei Flugzeugen für den Langsteckenverkehr der SWISSAIR vom 5. Juni 1950, hier S. 5.

4. Die Luftfahrt als Teilbereich anderer Systeme und die öffentliche und private Integrationsaufgabe

Es ist selbstverständlich, dass die gemischtwirtschaftliche AG bezüglich ihrer Unternehmenspolitik unter politischem Einfluss steht. Diese, wie sie von den Vertretern der öffentlich-rechtlichen Körperschaften vertreten wird, stellt zwangsläufig einen Ausfluss der Nationalpolitik dar. Zwischen allen Bereichen dieser Nationalpolitik besteht eine intensive Wechselwirkung. In diese Gesetzmässigkeit muss sich die Luftfahrtpolitik integrieren. Die oben beschriebenen Interessen müssen sich den Maximen der politischen Teilsysteme unterordnen und anpassen. An diese Maximen sind auch die privaten Mitgestalter der Unternehmenspolitik gebunden. Die Integration der Unternehmenspolitik in die Luftfahrtpolitik als Teilbereich der Nationalpolitik wird somit als gemeinsames Interesse, d.h. als gemeinsame Verpflichtung, betrieben. Auch hier, wie vorne, werden in der Folge Interessenkonflikte in der Unternehmenspolitikgestaltung zwischen öffentlichen und privaten Gesellschaften ausbleiben.

Die Integration vollzieht sich in die²⁷⁸

- Aussen- und Aussenhandelspolitik. Hier gelten die bedeutungsvollen aussenpolitischen Maximen der Neutralität, der aktiven Solidarität und die liberalen Grundsätze der Aussenpolitik, die auch für die Luftfahrt gelten;
- in die Bundesfinanzordnung. Finanzplanung und Finanzlage des Bundes setzen primär unmittelbar die Rahmenbedingungen für die Tätigkeit des Bundes auf dem Gebiet der Luftfahrt, mittelbar für die dadurch betroffenen privaten Kreise;
- in die Konzeption von Umweltschutz und Raumplanung. Raumplanung ist seit 1969²⁷⁹, Umweltschutz seit 1971²⁸⁰ Bundes-

278 Vgl. LFPO 80, S. 11 ff.

279 Art. 22^{quarter} BV.

280 Art. 24^{septies} BV.

aufgabe. Einerseits hat sich die Luftfahrt in dieses System einzuordnen, umgekehrt dürfen aber bei der Ausgestaltung dieser Systeme die vitalen Interessen der Luftfahrt nicht unberücksichtigt bleiben;

- in die Gesamtverkehrskonzeption. Der neueste Bericht²⁸¹ geht davon aus, dass in der Zukunft die Gesamtverkehrskonzeption stufenweise verwirklicht wird. Sie enthält folgende Grundsätze:
 - Dem Bund steht das Monopol der gewerbsmässigen Personenbeförderung und unter anderem das Luftverkehrsmonopol zu.
 - Der Bund gewährleistet die freie Wahl der Verkehrsmittel und ordnet den Wettbewerb zwischen den Verkehrsunternehmen (des Monopolbereiches).
 - Der Bund stellt die Planung, den Bau und den Unterhalt der Infrastruktur des Verkehrsnetzes von nationaler Bedeutung sicher; der Betrieb obliegt den Verkehrsunternehmen oder den Kantonen.
 - Der Bund fördert Bau, Unterhalt und Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs von regionaler Bedeutung.
 - Der Bund teilt den Kantonen die Mittel für den Lastenausgleich im Verkehrswesen zu.
 - Der Verkehr ist selbsttragend zu gestalten; die Kosten der Infrastruktur sind grundsätzlich auf die Benützer umzulegen.
 - Um staatspolitische Ziele zu verwirklichen, können die Verkehrsunternehmen zu gemeinwirtschaftlichen Leistungen verpflichtet werden, unter Ersatz der ihnen dadurch entstehenden Ausfälle.
 - Die Aufwendungen des Bundes für den Verkehr und für den verkehrsbedingten Lastenausgleich unter den Kantonen werden durch zweckgebundene Abgaben (und durch Benützungsgebühren der Unternehmen) finanziert; es wird je ein Fond für den öffentlichen und privaten Verkehr gebildet.

281 Vgl. LFPO 80, S. 12. H.v.V.

Der Ueberblick zeigt die Beibehaltung des interventionistischen staatlichen Instrumentariums, das wir ausführlich analysiert haben.

- in die Gesamtenergiekonzeption. Für die Luftfahrt ist wesentlich:
 - Das Erdöl und seine Derivate werden knapper und teurer.
 - Auf absehbare Zeit kann nicht mit einer Substitution durch andere Energieträger gerechnet werden (Nuklear, Wasserkraft).
 - Aus der Einschränkung der Energiebasis kann sich die Notwendigkeit zur Festsetzung von Verkehrsprioritäten ergeben.
- in die Gesamtverteidigungskonzeption. Dabei sind folgende Aufgabenkreise zu beachten:
 - Sicherstellung einer flexiblen Anpassung der Luftfahrtbetriebe (einschliesslich Flughäfen und Flugsicherung) an die Anforderungen der jeweiligen Lage.
 - Organisatorische und personelle Sicherstellung der notwendigen Zusammenarbeit zwischen Betrieben und Organisationen der Zivilluftfahrt mit den kriegswirtschaftlichen und militärischen Stellen.
 - Sicherstellung von Requisitions- und Evakuationsmassnahmen.

5. Die gemeinsame Basis der Mitgliedschaften in Organisationen und Verträgen der Luftfahrt

Sämtliche Mitgliedschaften²⁸² der Schweiz in staatlichen und der SWISSAIR in privaten Organisationen bilden für die Unternehmenspolitik der SWISSAIR eine gemeinsame Basis. Da die meisten dieser Art die Interessen der Luftfahrt, wie sie oben

282 Vgl. vorne S. 8 ff. und den Anhang.

dargestellt wurden, zu fördern imstande sind, entsteht auch hier kein Interessenkonflikt. Dies wird auch in Zukunft so bleiben. Dazu gesellt sich die Tatsache, dass die Möglichkeiten von direkten Eingriffen von aussen in die Unternehmenspolitik dadurch nicht möglich ist, da die nationalen Systeme ihre Autonomie stark verteidigen.

6. Die Lage der Deutschen Lufthansa AG, ausgehend von ihrem Gegenstand und Zweck

Aehnlich wie bei der SWISSAIR erscheinen in der Satzung der Deutschen Lufthansa AG²⁸³ in § 1 lediglich die Firma, in § 2 der Gesellschaftszweck largo sensu, wobei hier nicht einmal expressis verbis die Verpflichtung gegenüber dem Landesinteresse ausgedrückt wird, obwohl dies von der Lufthansa viel eher zu erwarten gewesen wäre, da die Beteiligung der Privatwirtschaft bei ca. 18 % liegt, andererseits mag diese Kapitalstruktur diese Verpflichtung als selbstverständlich erachten lassen, während sie bei der SWISSAIR diesbezüglich der ausdrücklichen Hervorhebung bedarf.

Im weiteren ist der Grundsatz der Natur des Staates, der "ausschliesslich im Dienste des Gemeinwohles tätig werden darf", auch in der deutschen Rechtslehre und Rechtsliteratur anerkannt²⁸⁴ und für die Lufthansa als gemischtwirtschaftliche AG verbindlich. Im grossen und ganzen kann die Interessenlage des Luftverkehrs in unserem nördlichen Nachbarland nicht verschieden von der unsrigen sein. Was hier für die Konkretisierung dieser "Leerformel" Gemeinwohl zusammengetragen wurde, kann auch für die Konkretisierung des Begriffes für die deutschen Verhältnisse Anwendung finden. Dass wir auch dort auf eine weitgehendste Gemeinsamkeit der Interes-

283 Stand 26. August 1974.

284 H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1966, S. 763.

sen schliessen dürfen, bestätigt ein Zitat des Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Lufthansa AG²⁸⁵: "Grossaktionär der Lufthansa ist mit mehr als 74 Prozent der Bund, sein faktischer Einfluss umfasst letztlich den Gesamtbereich der öffentlichen Hände und die von ihnen abhängigen Betriebe, das macht also insgesamt rund 82 Prozent. Der Verdacht liegt nahe, dass Politik und Luftverkehr hier eine etwas anrühige Einheit bilden. Entsprechend reagiert gelegentlich die sogenannte freie Wirtschaft auf Kooperations- oder Beteiligungsvorschläge unsererseits.

So naheliegend der Verdacht sein mag, er trifft nicht zu. Es gibt keinen Versuch des Grossaktionärs [Bund], Entscheidungen der Unternehmensführung [von aussen] zu steuern. Das Aktienrecht gilt uneingeschränkt und ohne Sondervorbehalte. Der Aktionär Bund hat seine durch Gesetz verbrieften Rechte in der Hauptversammlung; er hat seine Vertreter im Aufsichtsrat,²⁸⁶ aber es ist in 24 Jahren Unternehmensgeschichte kein Fall erinnerlich, dass ein sachlich begründeter Antrag des Vorstandes abgelehnt oder abgefälscht worden wäre."²⁸⁷

285 Dr. H. Culmann.

286 Organisation der deutschen AG vgl. hinten S. 305 ff.

287 H. Culmann, "Politik und Luftfahrt", München, 30. November 1976.

B. DER ENDZWECK BZW. DER GESELLSCHAFTSZWECK STRICTO SENSU
DER GEWINNERZIELUNG ALS TYPISCHER ENDZWECK DER AG IM ALL-
GEMEINEN UND SEINE BESONDERE PROBLEMATIK IM RECHT DER
GEMISCHTWIRTSCHAFTLICHEN AG AM BEISPIEL DER SWISSAIR

I. DER ALLGEMEINE GESELLSCHAFTSZWECK STRICTO SENSU DER
PRIVATEN AG

Da wir in diese Problematik vorne¹ bereits eingeführt haben,
können wir uns an dieser Stelle auf eine Zusammenfassung be-
schränken. Der Endzweck der AG besteht im typischen Fall
in der gewinnstrebigen Verfolgung wirtschaftlicher Ziele.

II. DER ALLGEMEINE GESELLSCHAFTSZWECK STRICTO SENSU DER
PRIVATEN AG ALS KOMPONENTE DER ZWECKBESTIMMUNG DER
GEMISCHTWIRTSCHAFTLICHEN AG

Stoffel² weist darauf hin, dass in formaler Hinsicht die
Zwecksetzung der gemischtwirtschaftlichen AG auf die gleiche
Art und Weise wie diejenige der rein privaten Gesellschaft
erfolgt: "Wenn nämlich öffentlich-rechtliche Körperschaften
und private Aktionäre zur Verfolgung ihrer Ziele das Institut
der AG wählen, bilden sie eine Zweckgemeinschaft, die mit den
gemeinsamen Kräften und Mitteln aller Mitglieder den von ihr
selbst gewählten Zweck anstrebt. Jeder Gesellschaft ist diese
Zweckseinheit immanent, gleichgültig, welche Vielfalt der
Interessen sich hinter den Motivationen der einzelnen Mit-
glieder verbirgt."³ Ein wesentlicher Unterschied zeigt sich
aber in der materialen Ausgestaltung der Zwecksetzung, denn

1 S. 224 ff.

2 A.a.O. S. 196 ff.

3 Ebenda.

selbst wenn die private AG im Normalfall mehrere Aktionärstypen mit verschiedenen Interessen aufweist, "verbindet sie alle doch die Hoffnung auf Gewinnerzielung und Gewinnausschüttung. Demgegenüber fehlt der typisch gemischt-wirtschaftlichen AG eine derartige gemeinsame Richtschnur, obwohl sich die privaten Aktionäre auch hier vom Gewinnstreben leiten lassen, die beteiligte öffentliche Hand diesem aber nur akzidentelle Bedeutung beimisst und in erster Linie an einer Leistungserbringung zu sozialen Bedingungen interessiert ist. Daraus resultiert eine gemischte Zweckverfolgung, welche die gemischtwirtschaftliche AG prägt und ihre Funktionsfähigkeit als Gesellschaft und damit als Zweckeinheit fragwürdig erscheinen lässt. Trotz den schwer zu überbrückenden Schwierigkeiten muss ein Kompromiss angestrebt werden, der für beide Seiten zu einer annehmbaren Lösung führt."⁴

1. Die unbedingte Bindung des öffentlichen Beteiligungszweckes primär an das Gemeinwohl

Für die Gemeinwesen, ob als Aktionäre oder Verwaltungs- bzw. Aufsichtsräte bedeutet immer das Gemeinwohl erste Pflicht. Dass daneben ein Gewinn anfällt, mit dem sie ihre Haushaltsausgaben decken, kann dem nicht hinderlich sein. Die Verpflichtung der kommunalen Anteilseigner, sich primär, so weit ihr Einfluss reicht, für eine angemessene Versorgung einzusetzen, "muss mit dem Gewinnstreben der Gesellschaft nicht in Widerspruch stehen, weil es mit dem Zweck der Daseinsvorsorge nicht prinzipiell unvereinbar ist."⁵

Auch Corradini⁶ erachtet die "Kombination von ertragswirtschaftlichen und gemeinnützigen Zwecken" als für die gemischte Wirtschaftstätigkeit zulässig. Heusser stellt fest,

4 Stoffel, S. 197.

5 Rübner, S. 418.

6 Corradini, S. 93.

dass die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit noch während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts kaum eine Rolle spielte, aber: "Erst gegen die Jahrhundertwende machte sich eine Veränderung im Wirtschaftszweck der Staatsbetriebe geltend. Neben die Wahrnehmung von Gesamtinteressen, neben den wirtschafts- und sozialpolitischen Zweck trat nun als wesentliches Motiv der öffentlichen Betriebsführung das Erwerbsinteresse des Gemeinwesens."⁷ Er fährt weiter, dass sowenig wie eben der Private seine wirtschaftlichen Leistungen immer aus eigennützigen Motiven darzubieten braucht, so wenig hält sich der Staat immer an gemeinnützige Prinzipien". Er drückt die Zweitrangigkeit solcher Bestrebungen dadurch aus, dass er den Gemeinwesen attestiert, die Vermittlung im Allgemeininteresse liegender Leistungen nicht zu erbringen, "ohne auf die Wirtschaftlichkeit dieser Funktionen Rücksicht zu nehmen".⁸ In diesem Sinne hält er dieses Streben für zulässig. Die grosse Zahl der gleichen Feststellung in der anerkannten Rechtsliteratur festigt die Richtigkeit dieser Ueberlegung: So vertritt auch Brödemann die Ansicht: "Ein neben der öffentlichen Zwecksetzung auftretendes Gewinnstreben der öffentlichen Hand als Kapitalgeber ist jedoch nicht ausgeschlossen."⁹ So kann der öffentliche Beteiligungszweck primär beispielsweise darin liegen, Arbeitsplätze zu erhalten oder neu zu schaffen. Er geht für das deutsche Recht sogar noch einen Schritt weiter, indem er aus dem im § 60 der Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden vom 11. Februar 1929 enthaltenen Verbot, im Falle drohender Nachteile eine Kapitalbeteiligung einzugehen, herzuleiten für möglich erachtet, dass ein gewisses Rentabilitätsstreben zwingende Voraussetzung für die Uebernahme eines staatlichen Kapitalanteils ist, "da bei betriebs-

7 Heusser, S. 14 ff.; vgl. auch Fleiner, Institutionen, S. 121.

8 Ders. S. 15, H.v.V.

9 Brödemann, S. 11.

wirtschaftlicher Betrachtung ein finanzieller Nachteil nur dann ausgeschlossen erscheint, wenn das Unternehmen zumindest die marktübliche Verzinsung für die Kapitaleinlage abwirft".¹⁰ Nur in Ausnahmefällen soll nach diesem § 60 die staatliche Beteiligung an einem unrentablen Unternehmen zulässig sein können, wenn nämlich die Nachteile bei unterlassener Beteiligung grösser wären. Eine weitere Festigung der Feststellung finden wir bei Tautscher: "Der fiskalische Zweck gilt ... für die öffentlichen Unternehmen n i e a l l e i n . [Was für die öffentlichen Unternehmen gilt, muss nach dem Grundsatz in maiore minus auch für die gemischtwirtschaftlichen gelten.] Immer lasten 'gemeinnützige Hypotheken' auf all den fiskalisch geführten Unternehmen. Ja, die öffentlichen Unternehmen können gar nie 'nur fiskalisch' geführt werden, weil die reine Gewinnkalkulation für die öffentliche Wirtschaft und daher auch für die öffentlichen Unternehmen vom Wesen her schon ausgeschlossen ist. Immer sind aus verschiedenen Gründen gemeinnützige Hemmungen für die freie Gewinnerbringung bei den öffentlichen Unternehmungen gegeben. Diese Hemmungen können in volkswirtschaftlichen, sozialpolitischen oder auch in kulturpolitischen Notwendigkeiten gegeben sein. Gewiss ist, dass diese Hemmungen immer wieder da sind, so dass der reine Einnahmeezweck bei den öffentlichen Unternehmen nie voll zur Geltung kommen kann.

Es ist einsichtig, dass a l l e ö f f e n t l i c h e n U n t e r n e h m e n d e m E i n n a h m e z w e c k u n t e r s t e l l t s i n d , a b e r k e i n ö f f e n t l i c h e s U n t e r n e h m e n u n t e r s t e h t i h m a l l e i n ."¹¹ Tautscher geht zwar von der öffentlichen Unternehmung aus, wo besondere Vorschriften gelten, aber die Stelle zeigt eindrücklich, dass die öffent-

¹⁰ Brödemann, S. 11.

¹¹ Tautscher, S. 401.

liche Wirtschaft den Boden der primären Gemeinwohlförderungs-
wirtschaft unter keinen Umständen verlassen darf.¹²

Das Gewinnstreben, wie es die öffentliche Hand verfolgen darf, ist also bemessen: "Ein ... massvolles Gewinnstreben ... ist mit dem verfolgten öffentlichen Zweck durchaus vereinbar."¹³ Die zweite Bedingung ist die Zweitrangigkeit seiner Verfolgung. Für die öffentliche Hand darf in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung das Gewinnstreben nie zum primären Zweck werden.¹⁴ Das soll etwa dadurch zum Ausdruck kommen, dass man Gewinn "als zufällige Nebenerscheinung, als ungewolltes Ergebnis einer guten Geschäftsführung"¹⁵ bezeichnet. Das führt uns mit Stoffel zu dem Schluss, dass das in Art. 762 Abs. 1 OR enthaltene Erfordernis des öffentlichen (Beteiligungs-)Interesses immer die wohlfahrtsstaatliche Komponente im Auge hat; zusätzlich aber eine Einnahmebeschaffung zulässig erscheint. Nie aber vermag die bloss fiskalische Komponente eine Mitverwaltung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft an einer privaten AG zu rechtfertigen.

2. Dagegen: Der Grundsatz der Freiheit des privaten Beteiligungszweckes zwischen Gemeinnützigkeit und Gewinnstreben

Wir halten fest: Die öffentliche Hand "darf den Pfad der gemeinnützigen Zielsetzung nicht verlassen und ins Lager der gewinnstrebigen Gegenspieler übertreten". Diese Conclusio Stoffels¹⁶ bedarf durch Einschlebung des Adjektivs "primär" der Präzisierung in Anwendung des oben Erarbeiteten. Richtig muss es heissen: "und ins Lager der primär gewinnstrebigen Gegenspieler übertreten". Sodann entwickelt er in ausgezeichnete Weise die Grundlagen der Möglichkeit der Relativierung

12 Vgl. im übrigen das zur Funktion des Gewinnes im gemeinwirtschaftlichen Unternehmen Gesagte, vorne S. 68 ff.

13 Holtzschmidt, S. 71

14 Stoffel, S. 116.

15 K. Obrecht, Ueber die Rechtsnatur der schweizerischen Kantonalbanken, Diss. Zürich 1936, S. 52.

16 A.a.O. S. 163.

der typischen Gewinnabsicht der Privataktionäre. Ansatzpunkt ist eine Feststellung, die wir auch bei Heusser bereits gefunden haben, dass so wenig, wie sich der Staat immer an gemeinnützigen Prinzipien halten muss, der Private seine wirtschaftlichen Leistungen immer aus ("nur") eigennützigen Motiven darzubieten braucht.¹⁷ Mit Stoffel sind wir am gleichen Ansatzpunkt.¹⁸ Er geht vom Grundsatz aus, dass sich das Handeln der privaten Personen dadurch auszeichnet, "dass sie ihre individuellen Interessen, denen subjektive Wertschätzungen zugrundeliegen, verfolgen, ohne dabei auf das öffentliche Interesse bewusst Rücksicht zu nehmen. Insofern geschieht auch die finanzielle Beteiligung an einer AG mit Absicht, am Gewinn der Unternehmung in Form der Dividende zu partizipieren".¹⁹ In der Folge unterstellt er dieses Verhalten vorerst auch jenen Aktionären, die sich neben einer oder mehreren öffentlich-rechtlichen Körperschaften in einer gemischtwirtschaftlichen AG zusammenfinden, d.h., dass zur typischen gemischtwirtschaftlichen AG infolgedessen vorerst auch "eine normale, d.h. auf Gewinn hoffende private Beteiligung"²⁰ gehört. "Ferner kann präzisiert werden, dass sich der Privataktionär als Homo oeconomicus nicht mit einem beliebigen Gewinn zufriedengibt, sondern die Gewinnmaximierung anstrebt, soweit die gemeinwirtschaftliche Haltung der beteiligten öffentlichen Hand dies erlaubt." Diese letzte Feststellung ist aber nur bedingt richtig. Es ist nicht die gemeinwirtschaftliche Haltung der beteiligten öffentlichen Hand, die die Gewinnmaximierung beschränkt, sondern die Gewinnerzielung ist nur in dem Umfang möglich, wie ihn das gemeinwirtschaftliche Element im

17 Vgl. Heusser, S. 15.

18 Seine entscheidenden Literaturverweise und Zitate werden in diese Stelle übernommen, vgl. Stoffel, S. 160 ff.

19 Ebenda, S. 161.

20 Rüfner, S. 190 in Stoffel, S. 161 Anm. 37.

Gesellschaftszweck zulässt. Eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, die im (gemeinsamen) Gesellschaftszweck das Element der Gewinnmaximierung enthalten will, erscheint als der öffentliche Beteiligung nicht zugänglich. Sie könnte die Zweitrangigkeit der Gewinnabsicht dann wohl nicht glaubhaft machen, was sie aber müsste. Der entscheidende Gedankengang beginnt aber damit, dass das allgemeine Gewinnstreben, das den Privataktionär kennzeichnet, zwar dem wirtschaftlichen Alltag, aber nicht einer zwingenden Vorschrift des Aktienrechts entspringt. Es ist deshalb "nur ein Normale, aber kein juristisches Essentiale".²¹ Die gesetzliche Grundlage bildet Art. 620 Abs. 3 OR, der zulässt, dass eine AG ausdrücklich zu nichtwirtschaftlichen Zwecken gegründet werden kann. Dieser Umstand bedarf aber der ausdrücklichen Erwähnung in den Statuten, denn ist dies nicht der Fall, "lautet die Vermutung zugunsten des Gewinnrechts".²² Schluep stellt nun weiter fest: "Das Recht auf Gewinn ist kein Begriffsmerkmal der AG. Es gründet nicht auf einer zwingenden Vorschrift des Aktienrechts; der Aktionär als Rechtsträger kann mithin jederzeit auf das Gewinnrecht verzichten. Ein solcher Verzicht mag in der Weise erfolgen, dass der [private] Gründer-Aktionär [einer ursprünglichen gemischtwirtschaftlichen Unternehmung²³] einer statutarischen Vorschrift [im extremen Fall] im Sinne von Art. 620 Abs. 3 zustimmt oder dass ein späterer Erwerber der Mitgliedschaft eben durch den nach Kenntnisnahme der Statuten erfolgten Erwerb [in einer nachträglichen oder abgeleiteten gemischtwirtschaftlichen Unternehmung²³] seine Zustimmung zum

21 A. Köttgen, in: Stoffel, S. 161 Anm. 38.

22 Schluep, S. 53.

23 Unterscheidung bei Stoffel, S. 161 Anm. 39: Ist die öffentlich-rechtliche Körperschaft bereits an der Gründung der AG beteiligt, handelt es sich um eine ursprüngliche gemischtwirtschaftliche Unternehmung; erwirbt sie sich hingegen, wie bei der SWISSAIR, erst nach deren Gründung die Mitgliedschaft, so liegt eine nachträgliche oder abgeleitete gemischtwirtschaftliche Unternehmung vor.

[im Extremfall völlig] gemeinnützigen Zweck der AG bekundet."^{24,25} So auch Stoffel: "Die Freiheit der AG, ihren Zweck selber zu wählen, gestattet es, den Interessenskonflikt der AG einseitig abzuschwächen, wenn nicht sogar aufzuheben, indem die Privataktionäre [im Rahmen der Zwecksetzung] auf die ihnen eigentümliche Gewinnabsicht [ganz oder teilweise] verzichten und damit eine Gleichschaltung mit den gemeinnützigen Zielen der beteiligten öffentlichen Hand herbeiführen."²⁶ Dass dies in der SWISSAIR geschah, soll das folgende zeigen.

3. Der gemeinsame Zweck der gemischtwirtschaftlichen AG als Kompromiss und sein Ausdruck in den Statuten im allgemeinen und im besonderen bei der SWISSAIR
-

a) Allgemeines

Die gemischtwirtschaftliche AG steht also vor der schwierigen Aufgabe, eine Verbindung der privatwirtschaftlichen und gemeinnützigen Wirtschaftsziele herzustellen. Der resultierende Kompromiss kann auf verschiedenen Wegen entstehen. Beide Partner können von ihren "extremen" Positionen abweichen und sich "in der Mitte schliesslich treffen". Unter Umständen gehen dieser Einigung harte Auseinandersetzungen voraus. Dies ist aber nicht unbedingt die Regel. Man muss sich von dem Denkschema lösen, dass immer jeder der beiden Partner seinen "extremen" Standpunkt durchsetzen will. Es ist durchaus möglich, wie die SWISSAIR beweist, dass beide Partner von allem Anfang an gleichgerichtete Interessen verfolgen, so dass die Einigung nicht als echter Kompromiss erscheint - wie wenn A

²⁴ Schluep, S. 52.

²⁵ Schluep trifft seine Feststellungen für eine "normale", d.h. nicht spezifisch für eine gemischtwirtschaftliche AG. Sie müssen aber auch für diese Geltung haben. Zur Verdeutlichung der diesbezüglichen spezifischen Aussage die H.v.V. durch die Einschiebungen der eckigen Klammern.

²⁶ Stoffel, S. 162.

1 will, B aber 3 und man sich schliesslich mit 2 zufrieden gibt und sich darauf einigt -, sondern als ursprünglicher Konsens, nach obigem Beispiel auf 2; das kann aber auch heissen, dass die beiden Partner dem Kompromiss vorab innerlich bereits jeder für sich geschlossen haben. In der Folge "wird das Wirtschaften der gemischtwirtschaftlichen AG weder vom Erwerbsprinzip im Sinne der Gewinnmaximierung noch vom Bedarfsdeckungsprinzip, sondern einzig und allein vom Angemessenheitsprinzip oder Prinzip der angemessenen Gewinnerzielung beherrscht."²⁷ Diese Redewendung treffen wir auch in der Tat bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. So hat sich die SWISSAIR in ihren obersten Grundsätzen selbst verpflichtet, indem sie im dortigen Art. 3 in Aussicht stellt, "das uns anvertraute Kapital angemessen zu verzinsen",²⁸ also dafür zu sorgen, dass eine angemessene Dividende ausgeschüttet werden kann. H. Culmann, Vorstandssitzender der Lufthansa, formulierte das Unternehmensziel seiner Unternehmung auf der Hauptversammlung im August 1972 wie folgt: "Sie [die Lufthansa] muss ... ein Volumen erwirtschaften, das nicht nur den eigenen Aufwand deckt, sondern auch dem Kapitalgeber - und zwar sowohl der öffentlichen Hand wie dem privaten Anleger - einen angemessenen Ertrag sichert." Dieses Vorgehen rechtfertigt die Bezeichnung als sozialwirtschaftliches Erwerbsprinzip. Es bedeutet schliesslich für beide Partner einen Erfolg.

b) Das Verhältnis des Kompromisses zum Recht auf Dividende als wohlerworbenes Recht des Aktionärs

Dieser Kompromisschluss mit einseitiger Abschwächung der Gewinnstrebigkeit bedarf der Beleuchtung unter dem Aspekt der Wohlerworbenheit dieses Vermögensrechtes. Indes, die

²⁷ Stoffel, S. 201.

²⁸ SWISSAIR, Die obersten Grundsätze, hrsg. von der Geschäftsleitung der SWISSAIR im Juli 1974 (Neuaufgabe).

Frage ist einfach zu beantworten. Zunächst ist auf die Dreistufigkeit des Dividendenrechts einzutreten,²⁹ anschliessend auf seine Rechtsnatur.³⁰

In seiner allgemeinsten Form setzt das Dividendenrecht ein mitgliedschaftliches Recht auf Gewinn voraus, welchem die Verpflichtung der Gesellschaft gegenübersteht, die Geschäfte gewinnstrebig zu führen. "Erste Stufe des Dividendenrechts ist mithin das generelle Recht des Aktionärs auf Beteiligung am künftigen Gewinn, das dem Aktionär als Gesellschafter zustehende Recht auf Erzeugung (und Verteilung) von Gewinn als des mit gemeinsamen Mitteln erzielten Erfolges."³¹ Die zweite Stufe bildet das Dividendenrecht i.e.S., d.h. "der jährlich wiederkehrende Anspruch des Aktionärs auf Ausrichtung einer Dividende",³² dessen konkreter Inhalt sich nach dem gesetz- und statutengemässen Gewinnermittlungsbeschluss (Bilanzgenehmigungsbeschluss) und dem entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss bemisst, was wiederum weitgehend in das Ermessen der Generalversammlung gestellt ist. Die dritte Stufe schliesslich bildet das Recht des Aktionärs auf die festgestellte Dividende, wodurch sich das Dividendenrecht von seinen mitgliedschaftlichen Grundfragen löst und echtes Gläubigerrecht wird."³³

Der Rechtsnatur des Gewinnrechtes ist nach Schluep folgendermassen zu begegnen: "In der Theorie wird zuweilen geltend gemacht, das Gewinnrecht des Aktionärs sei ein absolut wohl-erworbenes Recht. Das trifft ohne Zweifel zu, soweit das Recht des Aktionärs auf eine gewinnstrebige Geschäftsführung in Frage steht."³⁴ Wollen bereits die Gründeraktionäre eine

29 Schluep, S. 51 f.

30 Ders. S. 52 ff.

31 Ders. S. 51.

32 Ders. S. 52.

33 Ebenda.

34 Ders. S. 53.

abgeschwächte Gewinnstrebigkeit herbeiführen, bedeutet das für sie, dass sie alle diesem Ziel zustimmen müssen. Das gilt nach dem Grundsatz in majore minus auch für die ursprünglich gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft. Daneben entsteht ein zweiter Fall: "Will die AG auf dem Wege einer Statutenänderung ihren Endzweck wandeln und sich [primär] gemeinnützigen oder gar öffentlichen Zielen zuwenden, so ist das nicht etwa nach Art. 648 Abs. 1 OR durch einen Beschluss von zwei Dritteln des Grundkapitals möglich, sondern es ist hierfür die Zustimmung aller Aktionäre erforderlich." Nach dieser Auffassung hat somit der Aktionär auch ein absolut wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung des Gesellschaftszwecks. Die Aenderung bedarf auch wieder der Aufnahme in die Statuten. Das im Gewinnrecht enthaltene Recht auf zukünftige Gewinnbeteiligung muss sich aber eventuell nach Gesetz und Statuten wesentliche Beschränkungen³⁵ gefallen lassen. "Es wäre daher wohl richtiger, zur Kennzeichnung der Stärke des Rechts auf künftige Gewinnbeteiligung den Begriff des relativ wohlerworbenen Rechts zu verwenden. Will man aber ... ein Recht in dem Umfange als (absolut) wohlerworben bezeichnen, der ihm nach Gesetz und Statuten gewährt wird, so erübrigt sich eine weitere Aufgliederung des Gewinnrechts. Man darf dieses Recht unter diesen Voraussetzungen ohne Bedenken absolut wohlerworben heissen."³⁶

c) Die Aufnahme des Kompromisses in die Statuten

Der Kompromiss, den die Gründer der gemischtwirtschaftlichen AG, der ursprünglichen und der abgeleiteten, hinsichtlich der Zwecksetzung ausgehandelt haben, bedarf, um verbindlich zu werden, der Aufnahme in die Statuten. Ihre Wirksamkeit geht

35 Vgl. Schluep, S. 54 ff.; so etwa durch allgemeine Beschränkungen wie Arbeitnehmerrücksichten, durch einen statutarischen Maximaldividendensatz oder die Ausgabe von Vorzugsaktien.

36 Ders. S. 54.

über den Kreis der Gründer hinaus und erlangt für alle zukünftigen Aktionäre Gültigkeit. Sie sind durch einfachen Mehrheitsbeschluss abänderbar, sofern das Gesetz nicht für bestimmte Sachfragen ein qualifiziertes Mehr verlangt. Ferner erlangen sie in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung spezielle Bedeutung, und dazu kommt im Falle der SWISSAIR noch die Spezialität des Statutengenehmigungsvorbehaltes des Bundes in Art. 103 LFG. Die spezielle Funktion der Statuten der gemischtwirtschaftlichen AG beschreibt Heusser treffend, wobei mit Stoffel die Einschränkung anzubringen ist, dass er dies auf die öffentliche Unternehmung bezieht und bezüglich der gemischtwirtschaftlichen festgehalten werden muss, dass hier die Priorität der Gemeininteressen vor der Gewinnerzielung nicht als für ihrem Wesen entsprechend und typisch angesehen werden kann. "Vielmehr müssen wir dort von der Gleichberechtigung beider Interessenssphären ausgehen."³⁷ Heusser schreibt: "Eine eindeutige Abklärung des Verhältnisses von privat- und sozialwirtschaftlichen Interessen der öffentlichen Unternehmungen und damit eine Beseitigung des in diesen Betrieben stets latenten Konfliktes zwischen den beiden Wirtschaftsprinzipien ist u.E. nur dann möglich, wenn die Rechtsstellung der betreffenden Unternehmen so präzise umschrieben wird, dass kein Zweifel bestehen kann, ob eine rechtliche Verpflichtung zur unbedingten Ueberordnung des Gemeininteresses vorliegt oder ob diese unter Umständen der Erziehung eines Ertrages dienstbar gemacht werden dürfen."³⁸ Dabei kann nur die Zwecksetzung der Ansatzpunkt sein, welche in eine kurze und prägnante Formel gekleidet werden soll, die für die breite Öffentlichkeit übersichtlich und leicht verständlich wirkt und den Grundsatz des Interessenausgleiches enthält, die nähere Ausführung aber ausklammern und anderen Bestimmungen in Form von Fakultativvorschriften

37 Stoffel, S. 206.

38 Heusser, S. 16; ebenso Rüfner, S. 191.

überlässt. Als solche präsentieren sich etwa die obersten Grundsätze der Geschäftsleitung der SWISSAIR, die aber nicht als Reglement eingestuft sind. Sie bilden aber eine verbindliche Grundlage für die Geschäftspolitik, da sie vom Verwaltungsrat genehmigt sind. Weitere Beispiele finden wir bei Holtschmidt.³⁹

d) Die Formel der SWISSAIR-Statuten⁴⁰

Betrachten wir jetzt den konkreten Fall. Der in Aussicht gestellte Ausgleich der Interessen im in den Statuten niedergelegten Zweck erfolgt hier ausdrücklich, was nicht in allen Fällen praktiziert wird.⁴¹ Wir müssen in Rechnung stellen, dass die gesetzten Zwecke bereits gemeinsame Nenner darstellen; es ist also u.U. keine die beiden Interessensphären trennende Formulierung vorzufinden; der gemeinsame Nenner muss vielmehr wieder in seine Bestandteile zerlegt werden, denn er bildet bereits einen Kompromiss.

Die Sicherung des öffentlichen Interesses in der Satzung der SWISSAIR wird dadurch vollzogen, dass Art. 1 Abs. 2 als Leitmotiv für sämtliche nachfolgenden Einzelzwecke die Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes voranstellt. Durch diese formelle Massnahme ist die inhaltliche materielle Priorität statuiert. Das Gewinnstreben ist in diesem Zweckartikel nicht ausdrücklich erwähnt. Als Gesellschaftszweck *stricto sensu* der AG muss es das auch nicht; "dieser Endzweck braucht in den Statuten nicht ausdrücklich genannt zu werden";⁴² nur wenn ausnahmsweise nichtwirtschaftliche, ideale Zwecke verfolgt werden, muss das eindeutig aus den Statuten hervorgehen. Bei Nichterwähnung "lautet die Vermutung zugunsten der auf Erwerb zielenden Gesellschaft".⁴³ Die obige Formulie-

39 Holtschmidt, S. 70 ff.

40 In der Fassung von 1977.

41 Vgl. Holtschmidt, S. 74 f.

42 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 127.

43 Schluep, S. 50.

rung, "die Gesellschaft bezweckt unter Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes"... kann deshalb nichts anderes bedeuten, als dass diese beabsichtigte Erfassung aller Einzelzwecke auch den ungeschriebenen Gesellschaftszweck *stricto sensu* inhaltlich materiell miterfasst und seiner Priorität unterstellt. Die Richtigkeit dieser Feststellung lässt sich mit den obersten Grundsätzen, denen sich die Geschäftsleitung der SWISSAIR verpflichtet hat, beweisen:

Sie statuieren diese Prioritäten zunächst durch eine formelle Massnahme, indem sie in ihrem Art. 1 die Nationale Verpflichtung der SWISSAIR ausdrücken: "Die SWISSAIR erfüllt als nationale schweizerische Luftverkehrsgesellschaft eine wichtige Aufgabe im allgemeinen Landesinteresse. Sie leistet ihrem Wesen nach einen öffentlichen Dienst und arbeitet mit den Behörden eng zusammen." Erst an dritter Stelle, nachdem Punkt 2 das weltweite Tätigkeitsfeld beschrieben hat, wird wiederum durch die formelle Drittrangierung die Unterordnung der betrieblichen Selbsterhaltung statuiert: "Wir verfolgen mit aller Entschlossenheit das Ziel der wirtschaftlichen Selbsterhaltung unseres Unternehmens; das bedeutet, dass wir aus dem eigenen Ertrag die Betriebskosten decken, unsere Anlagen abschreiben, die notwendigen Reserven anlegen und das uns anvertraute Kapital angemessen verzinsen. Dem Ziel der Selbstverwaltung dient auch unsere massvolle Betätigung in Sparten, die mit dem Luftverkehr nicht unmittelbar verbunden sind." (Diversifikation). Was lässt sich nun daraus noch folgern? Man könnte geneigt sein zu postulieren, dass die formelle Rangierung der Grundsätze bedeutungslos sei. Die Folge der weiteren Punkte bestätigt aber die Richtigkeit der Feststellung, dass sie als tatsächlich verbindliche Prioritätenordnung verstanden sein will.⁴⁴ Punkt 5 etwa befasst sich mit der Personalpolitik, Punkt 6 mit der Mitwirkung der

44 Vgl. auch Staehelin, SWISSAIR, S. 28.

Mitarbeiter, Punkt 7 mit der Disziplin, Punkt 8 mit den Aufgaben der Vorgesetzten, Punkt 9 mit der Ausstrahlung der Leistung der SWISSAIR, Punkt 10 schliesslich mit dem Verhältnis zur Umwelt und zum Mitmenschen.

Zur Diversifikation ist aus rechtlicher Sicht folgendes zu bemerken:

Wir haben den rechtlichen Grundsatz statuiert, dass sich die öffentliche Hand (mit ihrem öffentlichen Kapital) nur im Rahmen der Gemeinwohlförderung an einer privaten Unternehmung beteiligen darf. Die Diversifikation dient aber wie in anderen Unternehmen primär und oft ausschliesslich der Verbesserung der Ertragslage durch Gewinnerzielung in Bereichen, wo diese möglicherweise leichter und in grösserem Umfang möglich ist. Tut dies eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, fragt sich, wie sich das mit der Zweckbindung des öffentlichen Kapitals vereinbaren lässt, weil dort offensichtlich Gewinnmaximierung betrieben wird. Diese Befürchtungen können mit der folgenden Begründung zerstreut werden: Der Umfang und die Nachhaltigkeit, mit der die Diversifikationspolitik betrieben wird, ist wie die ganze übrige Unternehmenstätigkeit dem Gesellschaftszweck unterstellt. Zweifellos niemals zulässig wäre eine schrankenlose Diversifikation mit offensiver, aggressiver Gewinnpolitik, namentlich in Bereichen, die mit der Haupttätigkeit der Unternehmung in keiner Weise mehr irgendeinen Zusammenhang erkennen lassen. So weist die Diversifikation der SWISSAIR eine in verschiedener Weise abgeschwächte Form auf. Zunächst ist sie deswegen grundsätzlich nicht unzulässig, weil sie Gewinn abwirft. Gewinnerzielung in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ist ja auch nicht unzulässig, mit öffentlichem Kapital aber nur als Sekundärzweck. Die Diversifikation, wie sie die SWISSAIR betreibt und wie sie in der Satzung statuiert ist, lässt diese eindeutig als Sekundärzweck erscheinen. Sie ist ausdrücklich formell und materiell in

Art. 1 der SWISSAIR-Statuten in Abs. 3 dem Grundsatz des Primärzweckes der Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes unterstellt. Zudem wird ausdrücklich statuiert, dass sie als Geschäft betrachtet werden muss, das den primären Gesellschaftszweck fördern kann. Die Gewinne, die also anfallen, resp. die angestrebt werden, sollen dazu dienen, den Hauptzweck der Gesellschaft zu fördern. Der Gewinn und somit die Dividende erscheint aber bereits im Hauptzweck als zweitrangig und abgeschwächt. Folgerichtig musste sich die Geschäftsleitung der SWISSAIR in ihren obersten Grundsätzen analog zu diesem Oberziel "auf eine massvolle Betätigung in Sparten, die mit dem Luftverkehr nicht mittelbar verbunden sind", verpflichten. Hinter all diesen Grundsätzen und Zielen, die sich letztlich aus den Statuten herleiten lassen, steht die Möglichkeit der rechtlichen Durchsetzbarkeit. Dies sind keineswegs "leere Floskeln" ohne rechtliche Relevanz. Es lassen sich auch noch weitere Argumente von rechtlicher Relevanz aufzeichnen. Die Garantie der betrieblichen Selbsterhaltung, wenn u.U. auch auf der Basis von Diversifikationsgewinnen, dient einem öffentlichen, gesamtwirtschaftlichen Interesse und letztlich dem Gemeinwohl. Die andernfalls zu entwickelnden Betriebssubventionen, die astronomische Höhen erreichen können - der deutsche und französische Steuerzahler "kann ein Lied davon singen" -, belasten gleichermassen die Staatsrechnung und den privaten Steuerzahler. Dies kann namentlich der öffentlichen Hand nicht gleichgültig sein. Dazu kommt, dass Luftverkehrsgesellschaften besonders subventionsanfällig sind. Den Beweis liefert das immer wiederkehrende Postulat namentlich von staatlicher Seite, dass die Eigenwirtschaftlichkeit des Luftverkehrs konsequent anzustreben ist.⁴⁵ Vorläufig letztes Argument ist die Tatsache, dass die Bereiche in die

45 Vgl. LFPO 53 S. 777 f.; zuletzt LFPO 80, S. 29.

die SWISSAIR tatsächlich diversifiziert hat, im Gegensatz zu anderen Unternehmungen, dazu beitragen, eine geschlossene Gesamtleistung⁴⁶ zu erbringen, indem sie sich beispielsweise an einem Reisebüro oder einem Hotel beteiligt. Auch hiermit erweist sie unserer Volkswirtschaft einen Dienst.

Dem Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit ist aber im Rahmen einer juristischen Arbeit mit Vorsicht zu begegnen. Inhaltlich bedeutet es dasselbe wie der oberste SWISSAIR-Grundsatz Punkt 3.⁴⁷ Umlauf⁴⁸ begegnet dem Begriff aus der Sicht der nicht operationalen Ziele der für betriebliche Entscheidungen relevanten Zielformulierungen von Linienfluggesellschaften. Danach lassen sie sich auf die beiden zentralen Themenbereiche "Öffentliches Interesse" und "Eigenwirtschaftlichkeit" reduzieren. Er sieht weiter diese Ziele in vielen Punkten als miteinander konkurrenzierend an und stellt fest, dass, weil Prioritäten nicht gesetzt seien, hier "verfassungsmässig institutionalisierte Zielkonflikte" vorlägen. Die obige rechtliche Analyse der SWISSAIR-Satzung hat aber ergeben, dass dies nicht zutrifft. Wir haben im Gegenteil nachgewiesen, dass die Unterstellung aller Einzelzwecke der Gesellschaft in Art. 1 Abs. 2 der SWISSAIR-Statuten unter dem Satz "Die Gesellschaft bezweckt unter der Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes ..." und die folgerichtige erstrangige Eigenverpflichtung der Geschäftsleitung auf eben diese nationale Verpflichtung, eindeutig eine Priorität des allgemeinen Landesinteresses statuiert. Man könnte einwenden, dass die formelle Massnahme der Voranstellung dieses Satzes nicht in diesem Masse überbewertet werden dürfe. Dagegen spricht aber die Prioritätenordnung der obersten Grundsätze, die für die Auslegung dieser Statutenbestimmung beigezogen werden muss.

46 Vgl. Staehelin, SWISSAIR, S. 29.

47 Vgl. vorne S. 281; ferner Umlauf, S. 73 (Fassung 1963).

48 Ders. S. 72 ff.

Eine weitere bei Umlauf⁴⁹ von Kirsch vertretene Auffassung bedarf, jedenfalls für die SWISSAIR sicher, allgemein aber wahrscheinlich auch der Korrektur: Die Institutionalisierung der Eigenwirtschaftlichkeit als Gegengewicht zum Allgemeininteresse "legitimiert die betrieblichen Instanzen, in konkreten Situationen Entscheidungen zu treffen, die beispielsweise nicht den sich auf das öffentliche Interesse stützenden Instanzen entsprechen. Die Eigenwirtschaftlichkeit ist eine Legitimation für die Kernorgane (Verwaltungsrat, Vorstand), ihren Entscheidungen Kriterien zugrunde zu legen, die etwa als 'kaufmännische Grundsätze' der Betriebsführung angesprochen werden können".

Vorerst zutreffend ist die zweite Feststellung. Unzutreffend ist die Einstufung der Eigenwirtschaftlichkeit als Gegengewicht zum Allgemeininteresse. Dies folgt zunächst direkt aus der Feststellung der Priorität des allgemeinen Landesinteresses hier im konkreten Fall. Kirschs Feststellung statuiert aber eine (unzutreffende) Parität der beiden Interessensphären. Dazu kommt der Umstand, dass es gerade die sich auf das öffentliche Interesse stützenden Instanzen sind, die der SWISSAIR den "Auftrag" zur Eigenwirtschaftlichkeit erteilt haben. Nur diese Tatsache allein macht die Aufgabe noch nicht rechtens. Er liegt aber erlaubterweise (sekundär) im öffentlichen Interesse. Entscheidungen, die also die Kernorgane im Namen der Eigenwirtschaftlichkeit getroffen haben, müssen keinesfalls den öffentlichen Interessen a priori widersprechen, bedürfen sodann deshalb auch nicht der Legitimation.

Eine weitere, wirtschaftspolitische, doch im Rahmen der Auseinandersetzung um Grenzen der Gewinnstrebigkeit in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung auch rechtlich relevante Überlegung gilt es noch zu machen, nämlich, ob nicht dieser

49 Kirsch, W./Bamberger, J./Gabele, E./Klein, R.H.: Betriebswirtschaftliche Logistik; Systeme, Entscheidungen, Methoden, Wiesbaden 1973, S. 231, in: Umlauf, S. 73 Anm. 39.

Auftrag zur Eigenwirtschaftlichkeit das betriebswirtschaftliche Erfordernis des Wachstums präjudiziert, das unter Umständen daneben, dass es vielleicht tatsächlich unmöglich ist, auch als unerwünscht erscheinen könnte, da eine zu expansionistische Unternehmenspolitik Handlungsgrundsätze der beteiligten öffentlichen Hand gefährden bzw. verletzen könnte. Es gilt die Finanzierung der zur Erfüllung des Unternehmenszwecks notwendigen Investitionen sicherzustellen, um die Eigenwirtschaftlichkeit zu erreichen. Ein weiteres Erfordernis für diese Investitionen ist die Erhaltung einer genügend grossen Liquidität. Dazu Geitlinger⁵⁰, Mitglied der Direktion bei der SWISSAIR: "Diese beiden Bedingungen können bei Null-Wachstum oder kleinen Zuwachsraten ebenso erfüllt sein, wie bei starkem Wachstum, sofern die Unternehmung in der Lage ist, sich den veränderten Umständen anzupassen. In der Stagnation wird sich z.B. die absolute Höhe des Gewinnes kaum mehr verbessern lassen. Die Selbstfinanzierung wird deshalb im Vergleich zur Situation bei grossem Wachstum auf die Dauer gesehen kleiner werden. Wenn es nun gelingt, die Investitionen durch eine Verlängerung der Nutzungsdauer der Investitionsgüter ebenfalls entsprechend zu senken, kann damit das Ueberleben in der Stagnation ebenso gesichert werden wie im Wachstum." Somit zeigt sich, dass auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht den rechtlichen Schranken keine Gefahr droht.

Abschliessend stellen wir fest, dass der Gesellschaftszweck bezüglich der Verfolgung seiner Einzelzwecke Prioritätenstufen kennt, in Form von Primär-, Sekundär- und Tertiärzwecken usw. Im Falle der SWISSAIR sprechen wir mit Püttner⁵¹ von einem "gewinnmitnehmenden Unternehmen", bei dem die

50 E. Geitlinger, Dienstleistungsunternehmen und Wachstum, Schweizerische Bauzeitung, 94. Jahrgang Heft 22, 27. Mai 1976, S. 41 ff., hier S. 46.

51 G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969, S. 110.

Leistung an die Bevölkerung im Vordergrund stehen soll, der Staat aber den nebenbei entstehenden Gewinn "mitnimmt".

Das Uebergewicht des auf öffentliche Bedürfnisse ausgerichteten öffentlichen Primärzwecks kann dem erwerbswirtschaftlichen Sekundärzweck insofern eine Modifikation zukommen lassen, als er dann von einem eigentlichen Zweck eine Wandlung zu einem "Mittel zum Zweck" erfährt, wenn er nämlich Ausfluss der Meinung ist, dass gerade die Führung des Unternehmens nach erwerbswirtschaftlichen, kaufmännischen Gesichtspunkten am besten die Erfüllung des eigentlichen öffentlichen Zwecks gewährleistet.⁵²

So ist auch an dieser Stelle zum wiederholten Male das Zitat in einem anderen Zusammenhang sehr aussagekräftig: "Die Unternehmung, die dem Privatrecht untersteht, kann die Verhandlungen mit den ausländischen Konkurrenten besser führen als eine durch das staatliche Prestige belastete Unternehmung. Sie darf sich eine jeweilige elastische Anpassung an die besonderen Verhältnisse erlauben; sie ist beweglicher."⁵³

4. Die Rechtsverhältnisse der Lufthansa

Die Grundlagen des deutschen Aktienrechts und der übrigen Bestimmungen, die für die Lufthansa als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft von Bedeutung sind, weichen zum Teil vom schweizerischen Recht ab.

§ 23 Abs. 3 Aktiengesetz verlangt zwar ausdrücklich die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung, nicht aber eine satzungsrechtliche Festlegung des Unternehmenszwecks.

52 G. Püttner, S. 49; Rübner, S. 254; Müller, Gemeinwesen, S. 133 f.

53 LFPO 53 S. 819.

Art. 2 der Lufthansa-Statuten enthält Firma, Gegenstand und Zweck largo sensu, der Endzweck der Gewinnerzielung, der auch im deutschen Aktienrecht als typisch vorausgesetzt und dessen ausdrückliche Erwähnung nicht gefordert wird, erscheint gleich wie bei der SWISSAIR nicht. Wir finden aber keinen ausdrücklichen satzungsrechtlichen Interessensausgleich wie in den SWISSAIR-Statuten. Dies kann der Fall sein, weil man ihn aufgrund der Kapital- und Aufsichtsratsverhältnisse, die zu 4/5 von öffentlich-rechtlichen Körperschaften gebildet werden, für als gegeben, selbstverständlich oder nicht erwähnenswert hält. Die nähere Bestimmung beispielsweise auf der Basis der Formulierung des Unternehmenszieles durch den Vorstandsvorsitzenden anlässlich der Hauptversammlung vom August 1972 lässt aber auf eine grundsätzlich identische Prioritätenordnung der Einzelzwecke schliessen, indem im allerersten Satz die Lufthansa als Dienstleistungsunternehmen der Volkswirtschaft bezeichnet wird, und erst in einem zweiten Satz wird postuliert, dass sie das wirtschaftlich zu tun hat "ohne den deutschen Steuerzahler in Anspruch zu nehmen". Zu beachten ist auch der Umstand, dass die Lufthansa im Gegensatz zur SWISSAIR eine ursprüngliche gemischtwirtschaftliche Unternehmung ist. Dass aber das beträchtliche Ueberwiegen öffentlicher Aktionäre bei der Gründung zu einer einseitig von öffentlichen Interessen geprägten Einflussnahme auf die unternehmerische Zielsetzung geführt hätte, kann nicht behauptet werden. Neben den aktienrechtlichen Möglichkeiten der Einflussnahme über die Organe hätte eine präzise, in diese Richtung weisende Formulierung des verbindlichen Unternehmenszieles die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen weitgehend fixieren können, was eine Reduktion der Einflussnahme durch die Organe zur Folge gehabt hätte. Die Unternehmenstätigkeit soll sich aber erstrecken auf "den Luftverkehr im In- und Ausland und den Betrieb aller mit der Luftfahrt und ihrer Förderung zusammenhängenden

Geschäfte und Einrichtungen." Diese Formulierung lässt nicht gerade vermuten, dass die öffentliche Mehrheits-Gründeraktiönäre über diese ursprüngliche Zwecksetzung bereits einen übermässigen staatlichen Einfluss sicherstellen wollten.

Die nachträgliche Aenderung ist möglich wie im schweizerischen Recht, und zwar nach § 179 AktG mit einer Dreiviertelmehrheit, eine höhere Kapitalmehrheit kann nach § 179 Abs. 2 AktG allerdings eingeführt werden, was die Lufthansa aber nicht getan hat.⁵⁴

Die Situation der Lufthansa unterscheidet sich aber ganz massiv von derjenigen der SWISSAIR, da in Deutschland die Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen in bahnbrechender Weise durchgesetzt ist. Das gilt für das Betriebsverfassungsgesetz, Kündigungsschutzgesetz, Mutterschutzgesetz etc. und nicht zuletzt für die Mitbestimmungsrechte in den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen und im Betriebsverfassungsgesetz.

5. Die Bedeutung der Zweckumschreibung für die AG und das Handeln ihrer Organe

Zunächst ist die Frage nach der Rechtsnatur der Statuten von einem Methodenstreit überschattet, und zwar zwischen den Anhängern des Monismus, der für alle Gesellschaftsformen den Vertragscharakter der Gesellschaftsgründung anerkennt, und dem Dualismus mit seinem Hauptvertreter Otto Gierke, der scharf zwischen dem Gründungsvorgang der Personengesellschaften, der auf einem gewöhnlichen schuldrechtlichen Vertrag beruht, und jenem der Körperschaften unterscheidet, dem ein sozialrechtlicher Gestaltungs- oder Gesamttakt zugrundeliegt, der "nicht unter den Begriff irgendeines Rechtsgeschäftes gebracht werden darf".⁵⁵ Die moderne Theorie überbrückt den

54 Vgl. Trott, S. 55 ff. bzw. 61 ff.

55 Hinweis bei Stoffel, S. 204 Anm. 81; O. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, S. 486.

früheren Dualismus, indem sie den Begriff des Organisationsvertrages schafft, worin die Verknüpfung beider Funktionen zum Ausdruck kommen soll oder indem man "von der autonomen Satzung einer Körperschaft spricht".⁵⁶ Unberührt von dieser Kontroverse bleibt, dass die Statuten eine innere Rechtsquelle der Gesellschaft darstellen, für die im Gegensatz zum Gesetz und Verordnung etc. Selbstbestimmung charakteristisch ist, sie "bilden das Grundgesetz, welches eine Körperschaft aufstellt" - "sie bilden die Grundordnung, welche die Organe der Gesellschaft zu beachten haben".⁵⁷ Unter Beobachtung der zwingenden Bestimmungen, die den normativen Begriff der Körperschaft im allgemeinen und der AG im besonderen bestimmen, können die Statuten das Leben der Gesellschaft primär nach innen regeln, indem sie die Organisation und die Rechte und Pflichten der Gesellschafter festlegen, sekundär nach aussen, indem Dritte allenfalls Verträge gegenüber einer Gesellschaft nicht durchsetzen können, wenn die Verwaltung diese Verträge in offensichtlicher Missachtung der statutarischen Zweckbestimmung abgeschlossen hat.⁵⁸ Innerhalb der Statuten ist also die Zweckumschreibung von besonderer Bedeutung. Ihre Natur als gemeinsamer Nenner der Beteiligungszwecke haben wir bereits festgestellt. Dieser einleitende Zweck ist es weiter, der den beteiligten Einzelinteressen die notwendige gemeinsame Richtung gibt, um verschiedene Interessen und ihre Träger in einer Einheit zu verbinden; er ist die Richtschnur des Wollens und Handelns der Körperschaft und gleichzeitig Beurteilungsmassstab für das Wollen und Handeln der Gesellschaftsorgane und der beteiligten Einzelpersonen.

Somit ist die statutarische Zweckumschreibung von Bedeutung für

56 W.R. Schluep, Gesellschaftsrecht, Bd. II, St. Gallen 1968, S. 32. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, S. 63.

57 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 116.

58 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 118; zu den Statuten der AG ebenda S. 116 ff.; Stoffel, S. 202 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

- die internen Rechte und Pflichten der Organe und damit für deren Verantwortlichkeit;⁵⁹
- für den Umfang der Vertretungsmacht der Exekutivorgane;⁶⁰
- für die Beantwortung der Frage, ob ein Generalversammlungsbeschluss wegen Zweckwidrigkeit anfechtbar sei.⁶¹

Namentlich diese letzte Feststellung zeigt deutlich, dass die Auslegung der statutarischen Bestimmungen in den SWISS-AIR-Statuten nicht einfach Selbstzweck war, sondern rechtlich sanktionierbar ist.

59 Ebenda, S. 184 ff.

60 Ebenda, S. 182 f.

61 Ebenda, S. 163 ff.

C. DIE MOEGlichkeiten UND GRENZEN DER STAATLICHEN EINFLUSS-
NAHME AUF DIE AG UEBER IHRE ORGANE

Die nachfolgende Analyse und der aktienrechtliche Vergleich soll nicht Selbstzweck sein, sondern die Grundlage liefern für die Beantwortung der Frage, wie sich der staatliche Einfluss in den einzelnen Organen der AG manifestiert; der Vergleich mit dem Deutschen Aktienrecht muss allerdings an der Oberfläche bleiben. Zur Vertiefung ziehe man namentlich das Werk von Rotondi¹ bei.

I. DER GRUNDSATZ IN ART. 762 OR

Art. 762 OR schafft grundsätzlich die rechtliche Möglichkeit für zwei Typen von gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften, nämlich solche, bei denen der Staat nur an der Verwaltung, nicht aber am Kapital beteiligt ist, und solche, wo der Staat an Verwaltung und Kapital beteiligt ist. Erstere nennt Stoffel gemischtwirtschaftliche AG sui generis, die aber in der Praxis kaum zu Anwendung kommt;² Stoffel³ legt Art. 762 OR so aus, dass "im Gegensatz zur Literatur das Gesetz nur dann von einer gemischtwirtschaftlichen AG spricht, wenn sich die öffentlich-rechtliche Körperschaft am Aktienkapital beteiligt (Art. 762 Abs. 2 OR). Wenn die Einräumung des Delegationsrechtes an das Gemeinwesen schon ohne dessen Kapitalbeteiligung zulässig ist, so wird sie im Fall der Kapitalbeteiligung zur Selbstverständlichkeit, weshalb der Gesetzgeber auf ihre ausdrückliche Erwähnung verzichtet hat." Jedenfalls ist das öffentliche Gemeinwesen bei der SWISSAIR an Verwaltung und Kapital beteiligt, ebenso bei der Luft-hansa.

1 M. Rotondi, S. 1 ff.

2 Vgl. Erb, S. 14; Stoffel, S. 43 f.

3 A.a.O., S. 104.

Art. 762 OR führt damit also zu einer rechtlichen Gleichstellung der Fälle. Der Gesetzgeber setzt die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Körperschaften einander gleich, unabhängig davon, ob hinter dem Delegationsrecht eine Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand steht oder nicht.^{4,5}

Die Einflussnahme über das Instrumentarium des Gesellschafts- bzw. des Aktienrechtes unterscheidet sich ganz wesentlich von demjenigen des öffentlichen Rechts, das wir als (nur) interventionistisch bezeichnet haben. Immer haben die öffentlich-rechtlichen Körperschaften darauf gedrängt, an der initialen, "alltäglichen" Willensbildung in der Unternehmung des Luftverkehrs beteiligt zu sein. Nur so versprach man sich eine angemessene Wahrung der Interessen. Die Mitwirkung in den Gesellschaftsorganen eröffnete diese Möglichkeit; das hat bereits das Exposé Celio deutlich gezeigt. Diese Mitwirkung hat aber für den Staat einschneidende Folgen. Ist er einmal von der Gesellschaft als Partner zugelassen worden,⁶ so geht er seiner hoheitlichen Stellung verlustig und wird an die Grundsätze des Aktienrechtes gebunden, wenn er auch in gewissen Belangen eine Sonderstellung einnimmt; "der Staat steigt ins Aktienrecht hinab".

Zunächst muss sich der staatliche Aktionär darüber im klaren sein, dass bei einer Aktiengesellschaft als einer Kapitalgesellschaft im Gegensatz zu den Personalgesellschaften der Unternehmensbesitz und die Unternehmensleitung rechtlich und tatsächlich auseinanderfallen. Er ist primär darauf angewiesen, seinen Einfluss wie jeder andere private Aktionär über das beteiligte Kapital und die damit verbundenen Rechte auszuüben. Das Handeln und die Willensbildung in der AG - wie in allen juristischen Personen - geschieht in den

4 Vgl. auch Erb, S. 14.

5 Zum deutschen Recht vgl. Stoffel, S. 118 ff.

6 Vgl. vorne S. 197 ff.

speziell dafür vorgesehenen Organen, jedes mit genau abgegrenzten Rechten und Pflichten. Meistens dürfte der Einfluss über die Kapitalbeteiligung allein weder wünschenswert noch genügend sein. Der Staat muss vielmehr bestrebt sein, in allen Organen der Gesellschaft Vertreter platzieren zu können, je nach den jeweiligen Beteiligungsverhältnissen. Dabei geht es in den meisten Fällen zunächst um den Grundsatzentscheid, wer die Mehrheit am Kapital und an der Verwaltung erhalten soll, wobei für namentlich im deutschen Recht keine Deckungsgleichheit verlangt wird.⁷

II. DIE EINFLUSSNAHME UEBER DIE EINZELNEN GESELLSCHAFTS-ORGANE

1. Der Einfluss über die General- bzw. Hauptversammlung der Aktionäre

Ohne auf die Kompetenzen⁸ und die Organisation⁹ im einzelnen einzugehen, ist hier für den staatlichen Aktionär und seine Interessenwahrung über die Generalversammlung resp. Hauptversammlung folgendes zu bemerken:

Die Generalversammlung bzw. die Hauptversammlung der gemischtwirtschaftlichen AG besitzt genau die gleichen Kompetenzen wie die der "normalen" AG. So zählt Art. 698 Abs. 2 OR die unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung in fünf Ziffern auf.

Ziffer 1. Statuiert das Recht der Festsetzung und Aenderung der Statuten. Dabei gibt es die Mehrheitsvorschriften bezüglich der Statuierung eines allfälligen abgeschwächten bzw. nicht wirtschaftlichen Zweckes zu beachten. Es zeigt sich,

7 Vgl. zur Auseinandersetzung für die SWISSAIR vorne S. 172 ff. ff., für die Lufthansa S. 189 ff.

8 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 142 ff.

9 Ebenda, S. 148 ff.

dass es dem staatlichen Aktionär leichter fallen wird, den Zweck in dieser Richtung zu ändern, als ihn so festzusetzen in einer konstituierenden GV bzw. HV.¹⁰ Dazu kommt in Ziff. 2 die Wahl der Verwaltung und der Kontrollstelle, in Ziff. 3 die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichtes, die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende, und der allfälligen Tantieme der Verwaltung; Ziffer 4 die Decharge-Erteilung an die Verwaltung, Ziff. 5 die Beschlussfassung über weitere Gegenstände, welche durch Gesetz oder Statuten der GV vorbehalten sind. Im deutschen Aktienrecht sind die Kompetenzen im wesentlichen in den §§ 119 und 120 AktG festgelegt. Sie sehen u.a. vor, dass die Hauptversammlung die von den Kapitaleignern zu stellenden Mitglieder des Aufsichtsrates zu wählen hat, dass sie über die Verwendung des Bilanzgewinnes befinden muss und dass ihr die Festlegung und die Aenderung der Satzung vorbehalten ist. Ueber Fragen der Geschäftsführung kann sie dagegen nur entscheiden, wenn es der Vorstand verlangt.¹¹ Dieser Kompetenzkatalog wird in der deutschen Rechtsliteratur als bescheiden empfunden und interpretiert als die Bestätigung der bereits im Aktiengesetz von 1937 vollzogenen "Entmachtung der Hauptversammlung zugunsten des Vorstandes und des Aufsichtsrates".¹²

Die Konsequenzen für den staatlichen Aktionär liegen auf der Hand. Er kann in der gemischtwirtschaftlichen AG lediglich mit dem seinem Kapitalanteil entsprechenden Stimmrecht (Art. 592 Abs. 1 OR, §§ 118 Abs. 1, 134 AktG) versuchen, die Beschlüsse der GV bzw. HV zu beeinflussen und damit die Kompetenzen dieses Organes in seinem Sinne ausnützen. Dabei gilt

10 Vgl. vorne S. 277ff., S. 287 f., Trott, S. 55 ff. bzw. 61 ff.

11 § 119 Abs. 2 AktG.

12 So H. Lang, Der Einfluss der öffentlichen Hand auf gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften, Diss. Freiburg i.Br. 1964, S. 184.

es zu beachten, dass "der Staat" keine Einheit bildet, keinen "Stimmenblock". Vielmehr sind ja Bund, Kantone bzw. Länder und Gemeinden an den gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligt, deren Interessen divergieren können.

Die Konsequenzkataloge von GV und HV zeigen also deutlich, dass eine Beeinflussung der AG in Richtung der Erfüllung bestimmter öffentlicher Ziele über dieses Organ unmittelbar praktisch ausgeschlossen ist. Solcher Einfluss ist dem staatlichen Aktionär daher praktisch nur mittelbar über die Personalentscheidung möglich, die er trifft. In diesem Bereich ist in der schweizerischen Rechtsliteratur der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung eine Kontroverse ausgebrochen zwischen Stoffel und Arbenz einerseits und Bürgi/Nordmann andererseits, die an dieser Stelle allerdings nicht entschieden werden kann. Stoffel¹³ und Arbenz¹⁴ sprechen den öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die in einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung Aktionäre sind, das Recht ab, neben den von diesen abgeordneten Mitgliedern der Verwaltung auch noch an der Generalversammlung ihr gesetzliches Aktienstimmrecht in die Waagschale zu werfen, um eventuell noch weitere Verwaltungsratsmandate an sich zu reißen. Sie befürchten, dass dieses "doppelte Wahlrecht" die rechtliche Position des Gemeinwesens dermassen stärken könnte, dass in Wirklichkeit nicht mehr eine gemischtwirtschaftliche, sondern eine öffentliche Unternehmung verläge. Stünden ihnen bei 50 % Aktienbesitz nach Delegationsrecht die Hälfte der Verwaltungsratssitze zu, könnten sie über das GV-Stimmrecht noch weit mehrere dazugewinnen. Falls dies zutreffen sollte, "hätte die öffentlich-rechtliche Körperschaft zwei verschiedene Arten von Verwaltungsräten, wobei die einen von ihr delegiert und abberufen werden, die anderen aber vollständig der Generalversammlung unterstellt sind, insbesondere von

13 A.a.O., S. 105 f.

14 Arbenz, S. 192.

dieser gewählt und abgewählt werden können. Die daraus resultierende verschiedenartige Rechtsstellung - Haftung, Abberufung, Interessenwahrungspflicht usw. - macht die Situation unhaltbar und widersprüchlich. Bei einer solchen Annahme wäre es verständlich, dass keine Gesellschaft daran interessiert wäre, der öffentlichen Hand ein Sonderrecht einzuräumen."¹⁵ Stoffel erblickt darin die Gefahr eines sehr einschneidenden Eingriffs in die Rechte der Generalversammlung, das einem Gemeinwesen, das nicht Aktionär ist, das Recht eingeräumt wird, die Hälfte der Verwaltungsräte zu delegieren, was aber bedeutet, dass die GV zwar 100 % der Stimmen hält, trotzdem aber nur 50 % der Verwaltungsratssitze besetzen kann.

Bürgi/Nordmann¹⁶ setzen dagegen, dass das Gesetz die Frage nicht ausdrücklich regelt. Bejaht man die Zulässigkeit von gewählten Vertretern neben den entsandten, soll die Körperschaft gemäss Art. 762 Abs. 4 OR für die Tätigkeit der abgeordneten Vertreter haften, für die gewählten hingegen nur, wenn es sich um Beamte handelt und sie nach dem Beamtenstatut ohnehin primär die Haftung für deren Tätigkeit zu übernehmen hat. Stoffel versagt insbesondere wohl wegen dieser ungewöhnlichen Verantwortlichkeitsklage der Körperschaft das Recht, auch noch gewählte Vertreter zu haben. Diese Argumentation erscheint Bürgi/Nordmann aber "wenig stichhaltig", da gewählte und abgeordnete Vertreter, falls sie für den gleichen Schaden verantwortlich sind, ohnehin solidarisch haften. Stoffels Lösung könne ferner zu Situationen führen, die dem Zweck von Art. 762 - Sicherung der Einflussnahme der Körperschaft auf Aktivität der Gesellschaft - zuwiderlaufen. So besitzt beispielsweise eine Körperschaft eine namhafte Beteiligung am Kapital der Gesellschaft, z.B. 40 % oder mehr, und darf sie

15 Stoffel, S. 105 f.

16 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, zu Art. 762, S. 1149 N 19.

laut Statuten einen Vertreter in den siebenköpfigen Verwaltungsrat abordnen, würde ihr Einfluss auf die Gesellschaft durch Anwendung von Art. 762 OR erheblich eingeschränkt anstatt gefestigt. Das soll deutlich zeigen, dass Stoffels Lösung dem Gesetz nicht entnommen werden kann und die Körperschaft sowohl gewählte als auch abgeordnete Vertreter haben darf. Um jeglichen Zweifel in dieser Angelegenheit zu vermeiden, sei es deshalb angezeigt, die Frage in Vertrag und Statuten eindeutig zu regeln.:

Dazu ist zu bemerken: Bürgi/Normann wollen in erster Linie aus dem Umstand gewählte Vertreter zulassen, dass u.U. eine Körperschaft im Verhältnis zum Beteiligungskapital im Verwaltungsrat statutarisch bestimmt untervertreten ist und sich dann nur durch zusätzliche gewählte Vertreter dem Einfluss auf die Aktivität der Gesellschaft sichern kann, den Art. 762 OR bezweckt. Diese Argumentation geht aber deshalb fehl, weil sie die Tatsache verkennt, dass die Körperschaft über den Weg einer blossen Statutenänderung die paritätische Vertretung herstellen könnte, wenn sie sich mit dieser Untervertretung nicht zufrieden geben wollte. Das Gesetz sieht für die Abänderung der Statuten keine qualifizierte Mehrheit vor, ja nicht einmal eine qualifizierte Anwesenheit. Nach richtiger Ankündigung in der Traktandenliste kann damit in jeder Generalversammlung, unabhängig von der Beteiligung der Zahl der Abstimmenden, mit absolutem Mehr eine Statutenänderung beschlossen werden. Bei einem Aktienbesitz von 40 % und mehr, wie Bürgi/Nordmann in ihrem Beispiel voraussetzen, also u. U. bei einer Kapitalmehrheit der Körperschaft, dürfte diese Statutenänderung kaum auf Schwierigkeiten stossen. Aus Untervertretungsängsten gewählte Vertreter zu postulieren, geht deshalb fehl. Die Zulässigkeit ist damit nicht verneint, und wird wohl auch tatsächlich nicht verneint werden müssen, aber der Grund ihres Verlangens ist nicht einzusehen.

Das deutsche Aktienrecht kennt ausdrücklich den gewählten und entsandten Aufsichtsrat.¹⁷ Nach dem alten, noch im HGB enthaltenen Aktienrecht wurden die Aufsichtsratsmitglieder ausschliesslich von der Generalversammlung gewählt. Danach blieben unter Umständen Minoritätsaktionäre ohne Vertretung im Aufsichtsrat, und es war weiterhin nicht möglich, eine bestimmte Sitzverteilung in dem Organ mit rechtlicher Wirkung zwischen den Gesellschaftern festzulegen. Das AktG 1937 und ebenso das AktG 1965 haben einen begrenzten Ausweg eröffnet. Jetzt kann die Satzung, wie es im schweizerischen Aktienrecht in Art. 762 OR schon immer der Grundsatz war, bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht einräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Das Entsendungsrecht besteht bei Aktiengesellschaften jedoch nur für einen Drittel der Aufsichtsratssitze. Dieses Recht wird in Deutschland von der öffentlichen Hand sehr stark benützt, um in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ihren Einfluss zu verstärken.^{18,19}

Einen Umstand gilt es aber bei der Entsendung immer zu beachten: Durch die statutarischen Zugeständnisse von Mitbestimmungsrechten beschränkt die Gesellschaft ihre eigene Autonomie; "sie tritt die sonst unübertragbare Befugnis ihres obersten Organs, der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle, selbständig zu bestimmen, mindestens teilweise an einen Dritten ab."²⁰

17 Siehe Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, 2. Teil, S. 281.

18 Vgl. z.B. § 12 der Satzung der Volkswagen Werke AG, Wolfsburg, und weitere Beispiele bei Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, S. 281 Anm. 41.

19 Die Satzungen der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung weisen manchmal auch die Besonderheit auf, dass das Entsendungsrecht auf einen bestimmten Personenkreis, der fest umrissen wird, beschränkt ist. So bei SWISSAIR und Lufthansa. Vgl. hinten die Zusammensetzung des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrates S. 317 bzw. S. 319f. Meistens sind auch die Gebietskörperschaften bestimmt.

20 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR zu Art. 762, S. 1144 N 1.

Begrenzt und eingeschränkt werden diese Möglichkeiten des Aktienrechtes durch die Mitbestimmungsregelung des Betriebsverfassungsgesetzes und der Mitbestimmungsgesetze, die eine Drittel- bzw. paritätische Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vorsehen.²¹ Das führt im konkreten Fall dazu, dass dort, wo diese genannten Mitbestimmungsregelungen zur Anwendung kommen, es der öffentlichen Hand selbst bei hundertprozentiger Kapitalbeteiligung an einer Aktiengesellschaft nicht möglich ist, durch einen entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss nur solche Vertreter in den Aufsichtsrat zu bekommen, bei denen der staatliche Aktionär eine weitgehende Gewähr hat, dass sie sich bei ihrer Betätigung in der Gesellschaft von dem jeweiligen staatlichen Interesse leiten lassen.

Neben der Wahl des Aufsichtsrates ist eine Einflussnahme des staatlichen Aktionärs in der Hauptversammlung noch bei der vorzeitigen Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 103 AktG und der Entlastung von Aufsichtsrat und Vorstand nach § 120 AktG möglich.²²

Die Ausführungen zeigen ganz deutlich, dass die GV respektive HV nicht die geeigneten Organe der gemischtwirtschaftlichen AG sein können, wo der Wunsch der öffentlichen Hand nach Beteiligung an der initialen Willensbildung in der Gesellschaft befriedigt werden kann. Geschäftspolitik wird hier nur mittelbar betrieben. Gleichzeitig ist dieses Organ auch nicht dazu angetan, den Ausgleich der widerstrebenden Interessen der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung herbeizuführen. Das Hauptinstrument dieses Organs ist die Personalentscheidung.

21 Vgl. den Verwaltungsrat der Lufthansa hinten S. .
Vgl. ferner § 76 Abs. 1 Betr.VG 1952 in der Fassung des Betriebsverfassungsgesetzes 1971 sowie § 2 des Mitbestimmungsgesetzes.

22 Vgl. Trott S. 26.

2. Die Einflussenerweiterung des staatlichen Aktionärs durch die Stimmrechtsaktie und das erweiterte Informationsrecht als Sonderrechte

a) Die Stimmrechtsaktie im schweizerischen Aktienrecht²³

Das schweizerische Aktienrecht geht vom Grundsatz aus, dass sich das Stimmrecht des Aktionärs nach dem Umfang seiner Kapitalbeteiligung richtet (Art. 691 Abs. 1). Neben dem System des Stimmrechts nach Kapitalanteilen kennt das Gesetz jedoch auch das sogenannte Stimmrecht: Gemäss Art. 693 Abs. 1 kann vom Grundsatz der Stimmenmacht nach dem Kapitalanteil abgewichen werden und bestimmt werden, dass jede Aktie unabhängig von ihrem Nennwert eine Stimme vermittelt. Werden nun Aktien mit verschiedenem Nennwert ausgegeben, so entstehen gleichsam als Nebenprodukt sogenannte unechte Stimmrechtsaktien: die Inhaber von Aktien mit kleinem Nennwert erlangen mit gleichem Kapitaleinsatz ein Mehrfaches an Stimmkraft.²⁴ Solche Aktien mit kleinerem Nennwert können nur als volleinbezahlte Namenaktien ausgegeben werden (Art. 693 Abs. 3 OR) und für bestimmte Beschlüsse findet die Bemessung des Stimmrechts nach der Anzahl der Aktien keine Anwendung (vgl. Art. 693 Abs. 3 OR). Gegenüber den Beschlüssen zur Einführung von Stimmrechtaktien und solchen, die infolge des erhöhten Stimmengewichts solcher Aktien zustande gekommen sind, eröffnet das Gesetz einen besonderen Anfechtungsgrund (Art. 706 Abs. 2 OR). Dagegen ist es nach schweizerischem Recht nicht zulässig, sogenannte echte Stimmrechtsaktien zu schaffen, d.h. Aktien mit gleichem Nennwert, aber unterschiedlicher Stimmkraft auszugeben. Eine erhöhte Einflussmöglichkeit bei gleichem Kapitaleinsatz kann auch dadurch bewirkt werden, dass einzelnen Aktionären nicht voll einbezahlte Namenaktien zugewiesen werden: Da sich das Stimm-

23 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 156 f.

recht nach dem Umfang des gezeichneten und nicht des liberalisierten Kapitals bestimmt, sind die voll einbezahlten wie die nur teilweise liberalisierten Aktien trotz unterschiedlichen Kapitaleinsatz in gleichem Umfang stimmberechtigt.

b) Die Mehrstimmrechtsaktie im deutschen Aktienrecht

Das deutsche Aktienrecht geht zunächst in § 12 Abs. 1 ebenfalls von dem Grundsatz aus, dass jede Aktie stimmberechtigt ist und sich somit wegen der von § 134 AktG vorgeschriebenen grundsätzlichen Abstimmung nach Aktiennennbeträgen der Einfluss der Aktionäre nach der Grösse ihrer Kapitalbeteiligung bestimmt. Von diesem Grundsatz ausgehend, statuiert § 12 Abs. 2 AktG eine Ausnahme. Danach kann die für die Wirtschaft zuständige oberste Behörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, die Vergabe von sogenannten Mehrstimmrechtsaktien zulassen, "soweit es zur Wahrung überwiegender gesamtwirtschaftlicher Belange erforderlich ist". Der jeweilige Inhaber erhält je nach Ausgestaltung der Aktie ein vergrössertes Stimmengewicht im Verhältnis zu den übrigen Aktionären, d.h. der Aktionär erhält mehr Einfluss bei weniger Kapitaleinsatz. Dadurch bleibt die rechtliche Stellung von Vorstand und Aufsichtsrat unberührt. Aber der Aktionär, der über solche Aktien verfügt, erhält wiederum über die Personalentscheidung einen mittelbar unter Umständen wesentlich grösseren Einfluss.

Wie es der Wille des Gesetzgebers letztlich gewesen war, die Mehrstimmrechtsaktie zuzulassen, um der öffentlichen Hand ihren Einfluss in den Versorgungsunternehmen zu sichern,²⁵ so finden wir heute in der Praxis diese Art Aktien tatsäch-

24 Zur nachträglichen Ausgabe solcher unechten Stimmrechtsaktien vgl. Art. 648 Abs. I und Art. 627 Ziff. 10 OR.

25 Godin, R. Freiherr von; Wilhelmi, H., Aktiengesetz, Kommentar, 4. Auflage 1971, zu § 12 AktG Anm. 1.

lich fast ausschliesslich in den Händen der öffentlichen Hand, die an gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen beteiligt ist. Eichhorn²⁶ führt noch einen weiteren, unseres Erachtens entscheidenden weiteren Grund an: Es ist für die öffentliche Hand selbstverständlich, dass sie die öffentlichen Bedürfnisse nur durch ein entsprechendes Mitverwaltungsrecht an der Geschäftspolitik wahrnehmen kann. Dieses Recht basiert aber regelmässig auf einer (entsprechenden) Kapitalbeteiligung.²⁷ Die öffentliche Hand ist aber vielfach (aus Gründen der Finanzknappheit der öffentlichen Haushalte) nicht in der Lage, die notige dem (gewünschten) Stimmengewicht angemessene kapitalmässige Beteiligung aufzubringen. In diesem Fall wird zur Mehrstimmrechtsaktie gegriffen. "Sie erscheint als ein annehmbares Mittel²⁸, um der öffentlichen Hand über ihre Kapitalbeteiligung hinaus einen bestimmten, vielleicht sogar entscheidenden Einfluss in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung einzuräumen."²⁹ In der Praxis finden wir schliesslich zum Teil extreme Privilegierungen der öffentlichen Hand. Wir finden zwei- bis 3200faches Stimmrecht³⁰, das in verschiedenen Aktiengattungen, wie Stamm- und Vorzugsaktien, verbrieft wird. Bei bestimmten Entscheidungen muss aber das Mehrstimmenrecht unberücksichtigt bleiben³¹, namentlich bei Beschlussfassungen, die ein grosses Kapitalrisiko in sich tragen. Ebenfalls eine Realität der Praxis ist, dass sich die Mehrstimmrechtsaktie nicht in den Händen der Minderheits-, sondern der Mehrheitsaktionäre befinden. Damit geht aber gerade der wohl ursprüngliche "Sinn der Mehrstimmrechtsaktie, das Kräfteverhältnis der Partner [zugunsten des kapitalmässigen schwächeren] auszugleichen, verloren".³²

26 Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, 2. Teil, S. 221 f.

27 Im schweizerischen Recht nicht zwingend. Vgl. Art. 762 OR, der ausdrücklich Mitverwaltung ohne Aktienbesitz für die öffentliche Hand zulässt.

28 Eichhorn sieht eine Gefahr missbräuchlicher Verwendung, wenn daraus das Missverhältnis zwischen Kapitalbeteiligung, Risiko und Stimmenrecht, das schliesslich eine Mehrheit von einer Minderheit "bevormundet", werden könnte.

29 Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, S. 221 f.

30 Beispiele ebenda, S. 222.

31 Ebenda, S. 223.

32 Ebenda.

c) Das besondere Informationsrecht des staatlichen Aktionärs

Hierzu finden wir Bestimmungen sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht. Die vom deutschen Aktiengesetz ausdrücklich als "Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften" hervorgehobenen §§ 394 und 395 AktG räumen dem staatlichen Aktionär eine weitere Sonderstellung ein, die mittelbar geeignet ist, seine Stellung in der Gesellschaft zu verstärken. Indem § 394 AktG das auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählte oder entsandte Aufsichtsratsmitglied zu Zwecken der Berichterstattung an die Gebietskörperschaft von der grundsätzlichen Verschwiegenheitspflicht der §§ 116 bzw. 93 Abs. 1 AktG befreit, gewährt diese Vorschrift dem staatlichen Aktionär einen Informationsvorteil gegenüber dem übrigen Aktionären.

Im schweizerischen Aktienrecht ergibt sich für die abgeordneten Vertreter das Problem der aktienrechtlichen Geheimhaltungspflicht nach Art. 722 bzw. 730 OR. Fraglich ist, ob die abgeordneten Vertreter die ihnen auferlegte Schweigepflicht gegenüber der Körperschaft brechen dürfen, wenn das öffentliche Interesse dies erheischt. Dénéréaz³³ und Schürmann³⁴ bejahen die Frage, während Meylan³⁵ die Auffassung vertritt, die Körperschaft besitze kein umfassenderes Auskunftsrecht als jeder private Aktionär, falls sie selber Aktien besitze. Sollte sie aber nicht Aktionärin sein, müsse sie sich statutarisch ein Auskunftsrecht einräumen lassen. Meylan versagt somit den Körperschaftsvertretern das Recht, unter besonderen Umständen die Schweigepflicht zu brechen. Nach Bürgi/Nordmann³⁶ lassen sich beide Auffassungen vertreten, sie zie-

33 A.a.O. S. 52 a f.

34 A.a.O. S. 177 a.

35 Meylan, J., L'accomplissement par les organismes de droit privé de tâches d'intérêt général et la sauvegarde de l'intérêt général, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 433 ff.

36 Bürgi/Nordmann, Kommentar OR, zu Art. 762 OR, S. 1152 N 26.

hen Schürmanns Meinung aber vor, da die Körperschaft für ihre Vertreter verantwortlich sei. "Die Annahme einer solchen Schadenersatzpflicht setzt jedoch ein weitgefasstes Auskunftsrecht der Körperschaft voraus. Die abgeordneten Vertreter dürfen überdies die unter Geheimhaltungspflicht stehenden Informationen nur an ihr Exekutivorgan weitergeben, das diese ihrerseits auch als geheime Information zu behandeln hat."³⁷

3. Der Einfluss über den Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat und die Direktion bzw. den Vorstand

a) Schweizerisches und deutsches Aktienrecht

Das schweizerische OR ordnet die Verfassung der Kapitalgesellschaften in Anlehnung an das romanische und angelsächsische System. Hier gibt es die Teilung von Macht und Aufsichtsrecht nicht wie im deutschen Recht, sondern der Verwaltungsrat trägt die gesamte Verantwortung für die laufenden Geschäfte und wird, ausser von der GV und der Kontrollstelle, nicht mehr überwacht.³⁸ Abstrakt lassen sich im schweizerischen Aktienrecht die Unternehmensfunktionen unterscheiden in Willensbildung, Ausübung, (materielle) Aufsicht über die Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Ausführungshandlungen sowie die mehr formelle Kontrolle der rechtlichen und buchhalterischen Korrektheit der Exekutive. Versucht man nun diese Funktionen den gesetzlichen Organen zuzuordnen, so erscheint die Generalversammlung als Willensbildungsorgan, die Verwaltung als Exekutive und die Kontrollstelle als Organ, das über die buchhalterische Korrektheit der Ausführung wacht. Diese Zuordnung macht bereits deutlich, dass im schweizerischen Aktienrecht kein spezielles Aufsichtsorgan geschaffen wurde -

37 Bürgi/Nordmann, ebenda.

38 Stier, S. 1.

wie im deutschen Aktienrecht eben mit dem Aufsichtsrat -, dass die Angemessenheit und Zweckmässigkeit der Geschäftsführung überwacht. Diese muss deshalb von einem der drei gesetzlichen Organe übernommen werden. Das Gesetz selber sieht dafür fakultativ drei Organisationsmöglichkeiten vor:

- Die Verwaltung kann die Exekutivtätigkeit weitgehend delegieren (z.B. auf Direktoren)³⁹, so dass ihr praktisch nur noch Ueberwachungspflichten bleiben (Art. 717 Abs. 2, 722 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2, 714 Abs. 2 OR).
- Es besteht ferner auch die Möglichkeit, die Befugnisse und Pflichten der Kontrollstelle auszudehnen (Art. 731 Abs. 1 OR) und besondere Kommissäre oder Sachverständige für die Ueberwachung zu ernennen (Art. 731 Abs. 2 OR).
- In kleineren Gesellschaften, in welchen die Aktionäre über die nötige Sachkompetenz verfügen, kann endlich auch die Generalversammlung die Aufsicht selber ausüben.⁴⁰

Anders das deutsche Aktienrecht.

Hier werden die Geschicke jeder Aktiengesellschaft von vier Instanzen bestimmt, von der Hauptversammlung, die etwa der Generalversammlung des schweizerischen Aktienrechtes entspricht, dem Aufsichtsrat, dem Vorstand und den Abschlussprüfern. Die Abschlussprüfer haben ungefähr die gleiche Aufgabe wie bei uns die Kontrollstelle. Diese sind aber nicht Organ der Aktiengesellschaft, sondern diese Aufgabe ist als solche ihnen als einem besonderen Berufsstand übertragen.⁴¹ Daneben wurden auch eigentliche Wirtschaftsprüfergesellschaften, ähnlich den bei uns einsetzbaren Treuhandgesellschaften, tätig. Sie sind gebunden an die Wirtschaftsprüferverordnung vom 24.7.1961⁴². Zur Ausübung dieses Berufes sind nur öffentlich bestellte Personen berechtigt, während nach schweizeri-

39 Stier, S. 7; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 137.

40 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, S. 137.

41 Vgl. Rotondi, S. 95.

42 Bundesgesetzblatt (BGBl) I S. 1049 ff.

schem Aktienrecht nach Art. 727 OR einzig die Anforderungen gelten, dass die Revisoren nicht Aktionäre zu sein brauchen, dass sie nicht Mitglieder des Verwaltungsrates oder Angestellte der Gesellschaft sein dürfen und dass als Kontrollstelle auch juristische Personen, wie eben Treuhandgesellschaften oder Revisionsverbände, bestellt werden können. Die deutschen Wirtschaftsprüfer müssen eine Prüfung abgelegt haben, und sie müssen vereidigt worden sein, die Gesellschaften müssen staatlich anerkannt sein.⁴³

Der Aufsichtsrat ist eine zwischengeschaltete Instanz, dessen entscheidende Aufgabe darin bestehen wird, den Vorstand zu überwachen (§ 111 AktG). Er bestellt ihn und beruft ihn ab (§ 84 Abs. 1 und 3 AktG). Nach § 111 Abs. 4 AktG ist der Aufsichtsrat dagegen ausdrücklich von Massnahmen der Geschäftsführung ausgeschlossen. Diese bestreitet in eigener Verantwortung der Vorstand.

Allerdings kann die Satzung oder der Aufsichtsrat durch Beschluss bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen, wovon in der Praxis regelmässig Gebrauch gemacht wird.⁴⁴

Dem Vorstand obliegt nach § 76 Abs. 1 AktG grundsätzlich die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft. Wie bereits angetönt, wird von diesem Grundsatz nur bei Arten von Geschäften eine Ausnahme gemacht, die nach § 111 Abs. 4 AktG aufgrund der Satzung oder eines Aufsichtsratsbeschlusses an die Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden sind. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand die Hauptversammlung anrufen, die dann abschliessend mit einer Dreiviertelsmehrheit entscheiden muss. Damit schafft das deutsche Aktienrecht eine stark unabhängige Stellung des Vorstandes. Die Mitglieder des Vorstandes werden nach deut-

43 Näheres bei Rotondi, S. 96 ff.

44 Vgl. § 12 der Satzung der Lufthansa, im Anhang.

schem Recht nicht von der Hauptversammlung, sondern vom Aufsichtsrat in ihr Amt erhoben (§ 84 AktG). Dabei ist zwischen der Bestellung und dem Anstellungsvertrag zu unterscheiden: Die Bestellung verleiht dem Vorstandsmitglied seine Stellung nach aussen als vertretungsberechtigtes Organ der Gesellschaft, der Anstellungsvertrag regelt das Dienstverhältnis mit der Gesellschaft.

Bezüglich der Geschäftsführungsbefugnisse gilt folgende Besonderheit: Im schweizerischen Recht ist gemäss Art. 721 Abs. 2 OR die Verwaltung einer AG befugt, über alle Angelegenheiten zu beschliessen, die nicht gemäss Art. 698 OR der GV oder gemäss Art. 727 ff. OR anderen Gesellschaftsorganen übertragen oder vorbehalten sind. Somit sind die Geschäftsführungsbefugnisse des Verwaltungsrates ähnlich wie die Befugnisse des Vorstandes nach deutschem Recht. Der entscheidende Unterschied ist aber, dass der Verwaltungsrat keinen regelmässig tagenden Aufsichtsrat über sich hat. Allerdings kann, anders als im deutschen Recht, gemäss Art. 721 Abs. 1 OR die GV durch ihre Beschlüsse in die praktische Arbeit des Verwaltungsrates eingreifen, was aber in der Praxis selten vorkommen wird. Die Stellung des Verwaltungsrates wird aber dann wiederum der des Aufsichtsrates angenähert, wenn die GV oder der Verwaltungsrat selbst mit Hilfe der Statuten der Gesellschaft die Geschäftsführung vollständig auf Dritte, wie Direktoren, übertragen, deren Stellung sich dann wiederum derjenigen des Vorstandes annähert.

Wenn die Statuten der Gesellschaft dies nicht anders regeln, so stehen den Verwaltungsratsmitgliedern, ähnlich wie im deutschen Recht, die Geschäftsführungsbefugnisse im Grundsatz nur gemeinschaftlich zu. Sind die Geschäftsführungsbefugnisse aber, wie oben dargestellt, anders geregelt, so sind für die Fehler in der Geschäftsleitung auch nur die Verwaltungsratsmitglieder bzw. Direktoren verantwortlich, die an

den betreffenden Beschlüssen mitgewirkt haben, bzw. unentschuldigt nicht mitgewirkt haben, obwohl sie die Möglichkeit dazu hatten. Es ist daher möglich, dass der gesamte Verwaltungsrat aus seiner Verantwortung für die Geschäftsleitung entbunden wird.⁴⁵

Bei der Vertretungsmacht nach aussen⁴⁶ bestehen keine wesentlichen Unterschiede. Im schweizerischen Recht sind grundsätzlich alle Mitglieder des Verwaltungsrates zur Vertretung der Gesellschaft nach aussen befugt. Ebenso wie die Geschäftsführung kann aber auch die Vertretung durch die Statuten eingeschränkt werden.⁴⁷ Gleich wie im schweizerischen Recht sind auch bei der deutschen AG grundsätzlich alle Vorstandsmitglieder zur gerichtlichen und aussergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft befugt, und zwar zur sogenannten Gesamtvertretung (§ 78 AktG). Auch hier wird die Vertretungsbefugnis zumeist in der Satzung abweichend geregelt. Der Aufsichtsrat kann die Vertretungsbefugnis ebenfalls regeln, wenn die Satzung ihn hierzu ermächtigt. Dagegen ist die Hauptversammlung nicht berechtigt, diese Frage direkt zu regeln. Die Vertretungsmacht des Vorstandes ist aber nicht völlig unbeschränkt. Es gelten die gesetzlichen Grenzen von § 82 Abs. 2 AktG⁴⁸ und die Beschränkungen aus der "Natur der Sache selbst" von § 112 AktG und § 246 Abs. 2 AktG. Daneben existieren die nur intern gültigen Beschränkungen durch Satzung, Beschlüsse des Aufsichtsrates, durch die Hauptversammlung oder die Geschäftsordnung.⁴⁹

45 Zum Ganzen Stier, S. 6 f.; Schucany, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Randnr. 3 zu Art. 717 OR.

46 Vgl. Stier, S. 9 ff.

47 Indem sie beispielsweise auf einen sogenannten Delegierten des Verwaltungsrates übertragen wird.

48 Im Zusammenhang mit § 240 AktG, § 291 ff. AktG.

49 Näheres bei Stier, S. 12 ff.; Rotondi, S. 56 ff. bzw. 71 ff.

b) Die Bedeutung der Direktion bzw. des Vorstandes für die gemischtwirtschaftliche AG

Eichhorn gibt hierzu eine erste Antwort auf seine seiner Arbeit vorangehenden Frage "Wer bestimmt die Geschäftspolitik im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen". Wir müssen zunächst noch einmal festhalten, dass der Vorstand ähnlich wie die ihm angenäherte Direktion eine vom deutschen Aktiengesetz für den Vorstand ausdrücklich gewollte, starke unabhängige Stellung innehat. Eine direkte, rechtlich verbindliche Einflussnahme des staatlichen Aktonärs auf dessen Verhalten ist, zumindest für den Vorstand sicher, nicht möglich. Doch ist in der Praxis der Wunsch danach meist gar nicht vorhanden, und man begnügt sich mit den Möglichkeiten der Personalentscheidung, um solche Personen in diese Aemter zu bringen, von denen man die Gewähr hat, dass sie sich der Wahrung der öffentlichen Interessen nicht verschliessen werden. Der Grund ist einfach zu finden. Es wäre sicher denkbar, dass die öffentliche Hand versuchen sollte, dieses Organ mit Vertretern ihrer Interessen zu besetzen oder wenigstens seine Beschlüsse von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Eichhorn⁵¹ stellt nun aber dagegen fest: "Es wird ihnen [den Gebietskörperschaften] vielmehr darum gehen, dass die Führung der Unternehmung durch Persönlichkeiten der privaten Wirtschaft ausgeübt wird. Damit hofft man eine kaufmännische Betriebsgebarung zu gewährleisten. Der Verzicht auf die unmittelbare Einflussnahme auf die Unternehmensführung fällt der öffentlichen Hand dann besonders leicht, wenn sie die Mehrheit im Aufsichtsrat stellt. Aber selbst in der Rolle des Minderheitspartners sucht sie hier regelmässig keinen direkten Einfluss sicherzustellen. Das Geschäftsführungs-

50 Wir gehen von einem Fall aus - wie ihn auch die SWISSAIR darstellen wird -, dass der VR von seinem Recht, die Geschäftsführung weitgehend zu delegieren, Gebrauch gemacht hat und dadurch die Direktion ihrem Wesen nach dem Vorstand angenähert hat. Deshalb wird der Vergleich möglich.

51 Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, S. 277 f.

organ der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung eignet sich wenig zum Ausgleich der unterschiedlichen Zielsetzungen. Der Vorstand (Geschäftsführer) wird naturgemäss zu einem Wirtschaftsstil neigen, der sich an privatökonomischen Gepflogenheiten orientiert. Er wird ein möglichst günstiges Ergebnis für die Unternehmung erstreben und bemüht sein, sie substanztreich und krisenfest zu gestalten. Erst in zweiter Linie denkt er an die Abnehmer und die Anteilseigner.⁵²

Auch der Vorstand einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung wird sich nur in seltenen Fällen als Sachwalter [nur] des öffentlichen Interesses verstehen". Hier bedürfen zwei Aussagen der Korrektur. Zunächst ist die Feststellung, die bereits mit Anmerkung 52 angezweifelt wurde, in dieser absoluten Form nicht haltbar. Die tatsächlich starke und unabhängige Stellung des Vorstandes bzw. der angenäherten Direktion erlaubt noch keineswegs ein schlichtweg von den Gesellschaftszwecken unabhängiges Geschäftsgebarren. Auch für dieses Organ gilt die Prioritätenordnung, wie sie der statutarische Gesellschaftszweck und die darauf aufbauende Gesamtgeschäftspolitik aufstellen. Die Geschäftsleitung der SWISSAIR hat sich, wie vorne gezeigt wurde, sogar selbst und ausdrücklich zu dieser Prioritätenordnung bekannt. Ganz im Gegenteil zu Eichhorn werden solche Unternehmen in der Regel wegen der rechtlichen Grenzen des staatlichen Beteiligungszweckes gerade "erst in zweiter Linie" den reinen Gewinninteressen des privaten Interesses folgen können. Analoges gilt für den letzten zitierten Satz. Wie angedeutet, ist auch hier daran zu erinnern, dass sich der Vorstand nicht eigenmächtig zum Sachwalter nur privater Interessen aufschwingen darf. Auch er ist in seinem Geschäftsgebarren an den gesellschaftlichen Primärzweck, der in der gemischtwirtschaftlichen AG gegeben ist, gebunden.⁵³

52 Nur das Umgekehrte ist aber rechtlich haltbar! Vgl. vorne S. 269 ff.

53 Folgen für die neue Theorie siehe hinten S. 328 ff.

c) Die Bedeutung des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrates für die gemischtwirtschaftliche AG

Es zeichnet sich somit ab, dass, was allerdings kaum überraschen kann, der Verwaltungs- bzw. der Aufsichtsrat, die eigentlichen geschäftspolitischen Instanzen der gemischtwirtschaftlichen AG sind. Dabei wirkt dieses Organ in dreifacher Weise gestaltend:

Zum ersten bestehen Möglichkeiten in der Personalentscheidung, die eine (nur) mittelbaren Einfluss gewährt.

Dem gemeinsamen Zweck der Gesellschaft als einem Kompromiss auf einer Prioritätenordnung folgend, werden diese Organe bei der Bestellung des Vorstandes bzw. bei der Delegation von Geschäftsführungsbefugnisse an Dritte sich davon leiten lassen müssen, dass diese Personen "Verständnis für die beiderseitigen Ansprüche aufbringen und sich nicht von untergeordneten Gesichtspunkten leiten lassen. Als solche können beispielsweise eine kurzsichtige Dividendenpolitik für die private und die Versuchung auf Kosten der Unternehmung politischer Tagesströmungen entgegenzukommen, für die öffentliche Seite bezeichnet werden."⁵⁴ Auch dabei sei vor schematisiertem Denken gewarnt. Die Typizität dieser einseitigen Ansprüche kann sicher nicht abgestritten werden, aber da in der Praxis der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung der Weg über den Kompromiss führt, stellt sich alsbald eine Gleichlagerung der Interessen ein, wenn sie nicht sowieso vorher schon bestanden hat.

Zum zweiten kann als "Vorbeugungsmassnahme" zur Verhinderung einer unter Umständen rücksichtslosen Geschäftshandhabung (z.B. zugunsten eines extremen privaten Erwerbsstrebens und zu Lasten des öffentlichen Wohls) in den Satzungen bezüglich

54 Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, S. 278.

der Befugnisse des Vorstandes bzw. der angenäherten Direktion, festgelegt werden, dass bestimmte Geschäfte der Einwilligung des (gemischten) Aufsichts- bzw. Verwaltungsrates bedürfen. Davon hat die Lufthansa im § 12 ihrer Satzung,⁵⁵ die SWISSAIR in Art. 10 ihres Verwaltungsreglementes⁵⁶ Gebrauch gemacht. Ausdrücklich hat sich dort in Art. 10 Ziff. 3 der (gemischte) Verwaltungsrat den "Entscheid über Vereinbarungen und Eingaben, die für das Verhältnis zwischen SWISSAIR und Staat von grundsätzlicher Bedeutung sind", vorbehalten.

Die dritte Möglichkeit besteht in der Aufnahme von Bestimmungen in die Satzung, wodurch der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat allgemeine Richtlinien erlassen kann, an die der Vorstand bzw. die angenäherte Direktion gebunden ist. Dies geschieht in der Praxis in der Form von Geschäftsordnungen, Geschäftsanweisungen, Reglementen etc. Davon hat die Lufthansa auf der Basis von § 12 Abs. 2 in ihrer Satzung Gebrauch gemacht, die SWISSAIR in Art. 8 Ziff. 2 ihres Verwaltungsreglementes, wo es heisst: Es obliegt dem Verwaltungsrat insbesondere "2. die für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Reglemente aufzustellen und der Direktion die notwendigen Weisungen zu erteilen." Unabhängig davon stellt sich das Problem der Weisungsgebundenheit der öffentlichen Verwaltungsräte.⁵⁷ Die Auffassungen hierüber sind im deutschen und im

55 Vgl. im Anhang. § 12 Abs. 3 der Lufthansa-Satzung bestimmt: "Die Zustimmung des Aufsichtsrates ist nicht Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des vorzunehmenden Geschäftes." Dies ist eine juristische Frage. Wird davon ausgegangen, dass die Satzung das "Grundgesetz" der Unternehmung ist, d.h., die Grundlage, auf der sich die Rechtsbeziehungen der Beteiligten aufbauen, und nur das innere Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat regelt, so darf angenommen werden, dass die durch den Vorstand (im Aussenverhältnis) ohne Einwilligung des Aufsichtsrates abgeschlossenen, zustimmungsbedürftigen Verträge rechtswirksam sind und im Innenverhältnis u.U. schadenersatzpflichtig machen. Vgl. Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, S. 279.

56 Vgl. das Verwaltungsreglement im Anhang.

57 Zur Weisungsgebundenheit vgl. Stoffel, S. 216 ff.

schweizerischen Recht kontrovers. Das deutsche Aktienrecht und das Beamtensrecht, das im Falle der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung daran gebunden wird, lehnt es nach Trott strikte ab.⁵⁸ Trott verweist darauf, dass zunächst nach übereinstimmender Ansicht im aktienrechtlichen Schrifttum⁵⁹ und nach der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung⁶⁰ die Mitglieder des Aufsichtsrates weder an Weisungen der Aktionäre noch an Weisungen aussenstehender Dritten gebunden sind. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass durch die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder kein Auftragsverhältnis zwischen dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung entsteht, sondern vielmehr ein besonderes Treueverhältnis zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft insgesamt begründet wird. Im Aktiengesetz soll dieses die Weisungsgebundenheit ausschliessende Treueverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder in § 116 AktG i.V. § 93 AktG zum Ausdruck kommen, wonach die Aufsichtsratsmitglieder die gleiche Verantwortlichkeits- und Sorgfaltspflicht wie die Vorstandsmitglieder trifft.⁶¹ Die ausdrücklich vom AktG ausgeschlossene Weisungsgebundenheit der Aufsichtsräte stellt sich dem Wunsch der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die Selbständigkeit des Unternehmens zugunsten einer mit öffentlichen Interessen motivierten Weisungsgebundenheit der vom Staat gestellten Aufsichtsratsmitglieder einzuschränken, entgegen. Es ist dem Staat nicht möglich, die personelle Einflussnahme auf das Unternehmen rechtlich verbindlich zu gestalten. Stoffel⁶² stellt sich dieser Auffassung vehement

58 Trott, S. 28 ff.

59 Ebenda, Anm. 56.

60 Ebenda, Anm. 57.

61 Bewehrt wird dieses aktienrechtliche Treueverhältnis durch die vom Aktiengesetz vorgesehenen Schadenersatzverpflichtungen. Vgl. § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 116 AktG i.V. § 93 Abs. 2 AktG, § 117 Abs. 1 AktG.

62 A.a.O., S. 230 ff.

entgegen. Sie gipfelt in der Feststellung, dass die "Einräumung des (unbestrittenen) Entsendungsrechts unter gleichzeitigem Ausschluss von Weisungen der öffentlichen Hand an ihre Vertreter verglichen werden kann mit einer Zielsetzung, zu deren Realisierung das wichtigste Mittel verboten wird. Daraus lässt sich entnehmen, welch grosse Bedeutung dem Weisungsrecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaft im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer besonderen Interessen in der gemischtwirtschaftlichen AG zukommt. Wer die Zulässigkeit von Weisungen leugnet, hat unseres Erachtens die gesetzgeberische Motivation des Art. 762 OR bzw. § 101 AktG nicht verstanden."⁶³ Entschieden wurde auch im Bundestag aufgrund eines konkreten Falles,⁶⁴ dass die Bundesregierung "nicht die Absicht habe, die privatrechtlichen Einflussmöglichkeiten der Bundesregierung auf die Geschäftsführung der privatrechtlich betriebenen Unternehmen über die eines privaten Aktionärs auszuweiten", wobei neuerdings der Bundesrechnungshof in einer Bemerkung einer anderen Auffassung Ausdruck gab.⁶⁵ Die Frage ist aber ebenfalls nach Beamtenrecht zu klären.

Mit folgender Begründung wird auch danach die Weisungsgebundenheit abgelehnt. Alle Beamten unterliegen grundsätzlich einem einheitlichen Dienstrecht, das sie gegenüber ihren Dienstherrn zum Gehorsam verpflichten.⁶⁶ Diese Gehorsamspflicht der Beamten, verbunden mit ihren Rechten als Zugehörige zu einem Gesellschaftsorgan, könnte von einem staatlichen Aktionär dazu benutzt werden, durch Weisungen an seine

63 Stoffel, S. 240.

64 Vgl. Trott, S. 29; vgl. ebenfalls sein Beispiel aus der Praxis der gemischtwirtschaftlichen Volkswagenwerke AG, der zu einer politischen Kontroverse geführt hat vor dem Bundestag, weil sich zwei Aufsichtsräte der Bundesregierung nicht an deren Weisungen gebunden fühlten; ebenda S. 29 Anm. 2. Entschieden wurde zugunsten der beiden Aufsichtsräte.

65 Trott, S. 30, Anm. 2.

66 § 37 BRRG, § 55 BBG.

Beamten Einfluss auf die AG zu nehmen. Voraussetzung für eine solche Einflussmöglichkeit ist jedoch, dass die grundsätzlich bestehende Weisungsbefugnis des Staates gegenüber seinen Beamten auch in solchen Fällen gilt und dass sie nicht vom Aktienrecht ausgeschlossen ist. Für den Vorstand ergibt sich dieses Problem nicht. Da die dortige Tätigkeit regelmässig im Gegensatz zum Aufsichtsrat Vollzeitbeschäftigung ist, muss der Beamte freigestellt werden, wodurch er aus dem beamtenrechtlichen Dienstverhältnis ausscheidet, wodurch wiederum auch die Weisungsbefugnis seiner bisherigen Vorgesetzten erlischt. Die Ursache für die unterschiedlichen Auffassungen über die Weisungsgebundenheit beamteter Aufsichtsratsmitglieder liegt sodann in dem offenkundigen Widerspruch zwischen der Gehorsamspflicht der Beamten und dem öffentlichen Dienstrecht und dem Grundsatz des Aktienrechtes, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates nicht an Weisungen gebunden sind.⁶⁷ Wenn auch die Tendenz bestehen mag, sie tatsächlich auch hier abzulehnen, was nicht ohne Komplikationen zu bewerkstelligen wäre, stellen wir fest, dass keine rechtlich verbindliche Kollisionsnorm zur Lösung dieses Konfliktes existiert. Die Praxis scheint von einer Ablehnung des Weisungsrechtes auszugehen.⁶⁸ Die gleiche Diskussion findet in der Schweiz auch statt. Auch hier sind die Meinungen kontrovers.⁶⁹ Wichtig sind dazu vor allem folgende Feststellungen: Das schweizerische Aktienrecht schliesst das Weisungsrecht im Gegensatz zum deutschen Aktienrecht nicht ausdrücklich aus; es liesse sich lediglich aus dem Postulat der Unabhängigkeit des Verwaltungsrates herleiten. Stoffel⁷⁰ kommt aber zum Schluss, dass es der Sache nur förderlich wäre, wenn endlich die "Lücke zwischen Theoriebildung und täglicher Praxis geschlossen

67 Trott, S. 109.

68 Vgl. vorne S. 223 ff.

69 Zum Stand der Kontroverse vgl. Bürgi/Nordmann, Kommentar OR zu Art. 762 OR, S. 1152 ff., N 27 ff.

70 A.a.O. S. 222.

und die Illusion von der Unabhängigkeit der Verwaltungsratsmitglieder aus dem aktienrechtlichen Gedankengut getilgt wurde." De jure stelle das Postulat eine saubere theoretische Konstruktion dar, de facto sei sie aber in der Praxis (bereits in der privaten AG) in Frage gestellt. So sei es auch unmöglich, von öffentlichen Verwaltungsräten, die durch ein Treue- und Vertrauensverhältnis mit dem Gemeinwesen verbunden sind, Unabhängigkeit verlangen zu wollen. Unter diesen Umständen muss wohl dem Weisungsrecht, wie Schürmann⁷¹ und Dénéréaz⁷² es fordern, zugestimmt werden.

Wir kommen somit, ohne auf die Kontroverse um das Weisungsrecht näher eintreten zu können, zu folgendem Schluss:

Die Bedeutung der Haupt- bzw. Generalversammlung ist für die Wahrung nationaler und privater Interessen insofern untergeordnet, als sie nur einen mittelbaren Einfluss auf die Geschäftspolitik vermittelt.⁷³ Hinzu kommt aber immerhin wegen der oft starken Konzentration des Anteilsbesitzes eine Schwerpunktbildung. Die eigentliche geschäftspolitische Instanz der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung aber ist der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat.

4. Zwei Beispiele von Verwaltungs- bzw. Aufsichtsräten gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften

a) Der Verwaltungsrat der SWISSAIR

aa) Die statutarischen Grundlagen

Art. 12 der SWISSAIR-Statuten bestimmt, dass ihr Verwaltungsrat aus höchstens dreissig Mitgliedern besteht. In Abs. 3 wird das Entsendungsrecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften statuiert, wodurch, aktienrechtlich gesprochen, die Gesell-

71 A.a.O. S. 177 a.

72 A.a.O. S. 52 a f.

73 Zur Einflussnahme mittels besonderer Nebenabsprachen vgl. insbesondere Eichhorn, Wer bestimmt die Geschäftspolitik, S. 284 ff.

schaft ihre Autonomie beschränkt, indem die sonst unübertragbare Befugnis der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrates selbständig zu bestimmen, zum mindesten teilweise an einen Dritten abgetreten wird. Die Gesellschaft räumt in diesem Abs. 3 den öffentlich-rechtlichen Körperschaften in Anwendung von Art. 762 OR das Recht ein, zehn Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen; davon stellt der Bund, unter Einschluss der PTT-Verwaltung und der Bundesbahnen, mindestens vier Vertreter, die drei Flughafenkantone Basel, Genf und Zürich je einen Vertreter. Die Verteilung der übrigen Vertretungen aus der Reihe der am Aktienkapital beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften erfolgt durch das EVED.

bb) Die Differenz zwischen Kapital- und Verwaltungsanteil

Der aktuelle Verwaltungsrat der SWISSAIR besteht exakt zu einem Drittel aus öffentlichen Verwaltungsräten. Der Kapitalanteil beträgt aber insgesamt weniger als einen Viertel, wodurch heute von einer Uebersetzung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften gesprochen werden muss. Normalerweise dürfte es zweifellos die Regel sein, dass die personelle Struktur des Verwaltungsrates proportional zum Kapitalanteil ist. Abweichungen von dieser Regel erhalten aber u.U. Aussagekraft, als sie absichtlich eine bestimmte Zielsetzung ausdrücken wollen.⁷⁴ So könnte diese Uebersetzung verstanden werden als Akzentuierung eines föderalistischen Primärzweckes der Gesellschaft. Sie hat aber daneben noch andere Gründe. Dieses Verhältnis entspricht dem ursprünglich festgelegtem Verhältnis bei der Umwandlung der SWISSAIR in eine gemischtwirtschaftliche AG. Durch die Nichtbeteiligung der öffentlichen Hand an den folgenden Kapitalerhöhungen ist ihr prozentualer Kapitalanteil relativ gesunken, der

74 Vgl. Bolsenkötter, S. 147.

Verwaltungsanteil wurde aber belassen, was zweifellos ein vertretbares Entgegenkommen der Gesellschaft bedeutete, die nicht stur an der Proportionalität festhalten wollte, und nicht zuletzt behielt ja immer noch die Privatwirtschaft die Mehrheit.⁷⁵

b) Der Aufsichtsrat der Lufthansa

Gemäss. § 8 der Statuten⁷⁶ besteht der Aufsichtsrat aus 15 Mitgliedern. Dies sind fünf Arbeitnehmervertreter, (1974) drei Bundes - Staatssekretäre, ein Landesminister, der Präsident der Deutschen Bundesbahn, zwei Repräsentanten von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten, der Vorstandsvorsitzende der gewerkschaftseigenen Bank für Gemeinwirtschaft AG, der Vertreter einer privaten Grossbank und ein weiterer Vertreter der privaten Aktionäre.⁷⁷ Stellt man hier den Anteil der Privataktionäre von ca. 18 % in Rechnung, so kommt man, abzüglich der Arbeitnehmervertreter, auf ein Verhältnis, das eine proportionale Vertretung der Privataktionäre ergibt, sie halten knapp einen Fünftel des Kapitals und stellen zwei von zehn Aufsichtsräten, sind also in der Minderheit.⁷⁸

c) Würdigung

Die Zusammensetzung der beiden Verwaltungsräte zeigt eines deutlich: Man darf in Zukunft nicht vom "Staat im Verwaltungsrat" sprechen. Dies erweckte den Eindruck, als bildete "der Staat" einen einheitlichen Block. Dies mag zweifellos richtig sein für die Grundhaltung sämtlicher Vertreter der öffentlich-

75 Zur Aussagekraft der Mehrheitsverhältnisse vgl. hinten S. 328 ff.

76 Fassung vom 26. August 1974.

77 Vgl. Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.). Beteiligungen des Bundes 1973, Bonn, Bad Godesberg 1974, S. 222.

78 Zur Aussagekraft der Mehrheitsverhältnisse vgl. hinten S. 328 ff.

rechtlichen Körperschaften gegenüber dem gesellschaftlichen Primärzweck. Bei den Entscheidungen über die tägliche Geschäftspolitik muss aber dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die öffentlichen Vertreter verschiedenste, ja wenn man die Vertreter der Flughafenkantone betrachtet, vielleicht prinzipiell kontroverse Standpunkte vertreten müssen.

5. Die Verwaltung von Air France⁷⁹

a) Technische und wirtschaftliche Kontrolle

Wie jede andere Luftverkehrsgesellschaft unterliegt auch die Air France einer weitgehenden Ueberwachung, die wie deren Zulassung dem französischen Ministre des Transport obliegt. Einerseits hat die Ueberwachung die Sicherheit des Luftverkehrs zu gewährleisten, andererseits die Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit, indem sie ein "gaspillage de moyens qui est préjudicable non seulement à l'économie du transport aérien français, mais aussi à l'économie générale"⁸⁰ anstrebt. Die beiden Bereiche der Ueberwachung können sich aber teilweise überschneiden. So sind gemäss Art. L-330-3 und R-330-7 Code de l'Aviation Civile verschiedene wirtschaftlich erhebliche Vorgänge von der Zustimmung des Verkehrsministers als des mit der Zivilluftfahrt betrauten Ministers abhängig gemacht, so etwa die allgemeinen Kauf- und Mietprogramme für Flugmaterial, die Betriebsprogramme, die genaue Angaben über die Art des verwendeten Materials und die Art und Zahl der in Betrieb genommenen Luftfahrzeuge, die beflogenen Linien, die Zwischenlandungen und die Flugfolge enthalten müssen.

Die Zustimmung ("approbation") des Verkehrsministers soll mit Blick auf die Erfordernisse des Marktes, des technischen

79 Es wird im wesentlichen dem Code de l'Aviation Civile gefolgt. Zusammenstellung und Uebersetzung bei Dausès, Luftverkehr, S. 106 f., S. 111 ff.

80 Journal Officielle de la République Française, 27.9.1953, S. 8510 f.

Fortschritts und der allgemeinen Investitionspolitik erfolgen;⁸¹ eine vorherige gutachtliche Stellungnahme des Conseil supérieur de l'Aviation marchande⁸² ist für die Kauf- und Mietprogramme sowie für die Betriebsprogramme aller Luftverkehrsgesellschaften zwingend.⁸³ Einer besonders einschneidenden Staatsaufsicht hinsichtlich der Betriebsführung unterliegt speziell Air France. Die von Dausies ausdrücklich als gemischtwirtschaftlich eingestufte Luftverkehrsgesellschaft⁸⁴ muss ihre sämtlichen Satzungen durch Verordnung des Ministerrates ("décret pris en conseil des ministres") nach Anhörung des Verkehrs- und des Wirtschaftsministers und des Finanzministers billigen lassen.⁸⁵ Ebenso ist die Aufstellung des Budgets der Gesellschaft, die finanziellen Beteiligungen, die Personalsatzung und das gesamte Investitionsprogramm dem Verkehrs-, wie dem Wirtschafts- und dem Finanzminister zur Genehmigung vorzulegen.⁸⁶

Sonderregelungen gelten auch für gewisse von Air France abgeschlossene, an sich privatrechtliche Verträge, soweit sie der Gesellschaft im öffentlichen Interesse Verpflichtungen auferlegen, wie z.B. für Verträge bezüglich des internationalen Liniendienstes auf Fluglinien, die im Wettbewerb mit anderen Luftverkehrsunternehmen betrieben werden. Solche Verträge können nur unter erschwerten Bedingungen abgeändert werden;⁸⁷ sie sind durch Grundsatzentscheidung des Verkehrsministers nach zwingender Anhörung des Conseil supérieur de l'Aviation marchande zu genehmigen.⁸⁸ Desgleichen bedürfen Verträge mit Gebietskörperschaften ("Collectivités publiques") für Air France der Zustimmung des Verkehrsministers, für die Gebietskörperschaft der Zustimmung des Rechtsaufsichtsministeriums, ("ministère de tutelle"), d.h. des Innenministeriums.⁸⁹

81 Art. R-330-6 Code de l'Aviation Civile.

82 Vgl. vorne S. 141 ff.

83 Art. R-330-8 Code de l'Aviation Civile.

84 A.a.O. S. 107 85 Art. R-342-6 Code de l'Aviation Civile.

86 Ebda R-342-13/14. 87 Ebda R-342-10.

88 Ebda R-342-8 (f.) 89 Ebda R-342-11.

b) Die Rechtsform der Gesellschaft im Vergleich

Air France präsentiert sich heute als Aktiengesellschaft des französischen Handelsrechts. Dass sie als "entreprise nationale" bezeichnet wird, ist "plus politique que juridique".⁹⁰ Von ihrer Kapitalstruktur aus gesehen, muss sie als gemischt-wirtschaftliche Unternehmung, als "société d'économie mixte" eingestuft werden,⁹¹ wenn auch der Anteil privaten Kapitals mit einem Prozent verschwindend klein ist.⁹² Die beiden Hauptorgane der Gesellschaft sind entsprechend den Regeln des französischen Aktienrechtes ein geschäftsführungs- und vertretungsberechtigter Verwaltungsrat (conseil d'administration)⁹³ und die Hauptversammlung der Aktionäre ("assemblée générale").^{94,95} Obgleich aber Air France im Rechtsverkehr grundsätzlich als Person des Privatrechts auftritt, untersteht sie in mancherlei Hinsicht öffentlich-rechtlichen Sondervorschriften. Air France handelt aber immer privatrechtlich, nicht hoheitlich, wie die Anstalt des öffentlichen Rechts, die "établissements publics", einer in Frankreich gleichfalls häufig anzutreffenden Rechtsform nationalisierter Wirtschaftsunternehmen. Die Satzung von Air France musste

90 Folliot, S. 62.

91 Sondervorschriften vgl. hinten S.

92 Vgl. Dausès, Luftverkehr, S. 111, Georges Vedel, Droit Administratif, Paris 1964, S. 610 ff.; Rodière, S. 167.

93 Art. 89-117 FAKtG, Houin/Gravenstein, S. 54 ff.

94 Art. 153-177 FAKtG, Houin/Gravenstein, S. 77 ff.

95 Dabei ist auf eine Eigenart des französischen Aktienrechts hinzuweisen: Es kennt seit der Reform durch Loi no. 66-537 vom 24.7.1966, betitelt mit "Réforme des sociétés commerciales" zwei Arten von Aktiengesellschaften. Nach der bislang ausschliesslichen und auch heute noch bei weitem überwiegenden Form besteht eine dualistische Funktionsaufteilung zwischen dem Conseil d'administration und der Assemblée générale (Art. 89-117); nach der durch das Gesetz neu geschaffenen Form besteht eine dreifache Funktionsaufteilung zwischen "Directoire" (Vorstand), Conseil de surveillance (Aufsichtsrat) und der Assemblée générale (Hauptversammlung), was eine Annäherung an das deutsche Aktienrecht bedeutet. Vgl. Dausès, Luftverkehr, S. 111 Anm. 56.

aber ursprünglich wie heute durch Verordnung des Minister-
rates genehmigt werden⁹⁶ und bildet heute einen Bestandteil
des Code de l'Aviation Civile. Diese Regelung kann vergli-
chen werden mit dem Statutengenehmigungsvorbehalt zugunsten
des Bundesrates im Art. 103 LFG. Bei Air France vermag dies
zwar nicht zu erstaunen, da sie nationalisiert ist, aber es
erscheint überflüssig angesichts der staatlichen Mehrheit,
die aufgrund von Art. 153 FAKtG die Statuten schafft. Es
wird darum gehen, dafür seitens des Ministerrates auf Re-
gierungsebene Gewähr zu haben, dass auf Stufe Gesellschaft
luftverkehrspolitikkonforme Statuten vorliegen. Das gleiche
gilt bezüglich der SWISSAIR-Statuten, wobei zu vermerken ist,
dass die Statuten ohne diesen Genehmigungsvorbehalt kaum
einen anderen Inhalt aufweisen würden, dass der staatliche
Aktionär an ihrer Schaffung und ihrer Abänderung beteiligt
ist und sich zudem auf die Privataktionäre der Sonderstel-
lung ihrer Gesellschaft voll bewusst sind. Mithin mag der
Umstand ausschlaggebend gewesen sein, diese Regelung aufzu-
nehmen, da von Anfang an feststand, dass der Staat Minderheits-
aktionär bleiben würde, vorbehaltlich des Rückkaufs. Insofern
erfüllt der letzte Satz bildlich gesprochen eine Art Funk-
tion einer "Notbremse" bzw. eines "drohenden Zeigefingers".
Die Bestimmung an sich muss aus der Sicht des Aktienrechts
zweifelloos als Eingriff in die Rechte der Generalversammlung
empfunden werden, der ähnlich der Betriebspflicht⁹⁷ aus der
Konzession die Selbständigkeit der AG einschränkt. Schür-
mann⁹⁸ folgert nun daraus die Rechtsnatur der SWISSAIR als
AG des speziellen Bundeszivilrechts. Er stellt zunächst rich-
tig fest, dass "die luftpolizeiliche und konzessionsmässige
Aufsicht allein diese besondere Rechtsnatur nicht zur Folge

96 Décret no. 50-1545 vom 13.12.1950, Journal Officiel de
la République Française, 16.12.1950, S. 12800 mit Satzung
von Air France im Anhang.

97 Vgl. vorne S. 102 f.

98 A.a.O. S. 121 a.

haben würde, da sie für alle konzessionierten Unternehmen gleichmässig gilt und die Autonomie nicht beschränkt".⁹⁹ Der letzte Satzteil ist sicher nicht richtig. Gerade die Betriebspflicht aus der Konzession schränkt die Autonomie der AG in dem Sinne ein, als sie ihr die Möglichkeit nimmt, ihrem Umfang und v.a. ihren Bestand jederzeit beliebig, d.h. nach den (allein) aktienrechtlichen Bestimmungen, zu verändern.¹⁰⁰ Unklar ist die Feststellung, dass Schürmann als Folge den Ausschluss des privat wirtschaftlichen Charakters befürchtet.¹⁰¹ Auch muss die Zugehörigkeit von Art. 103 LFG zur Zivilrechtsgesetzgebung angezweifelt werden, da das LFG grundsätzlich nicht auf Art. 64 BV beruht. Neben diesen formellen Unklarheiten darf aber unseres Erachtens eines nicht übersehen werden: Namentlich die Ausführungen Schürmanns zur SWISSAIR, speziell zur der ihren privat rechtlichen Charakter gefährdenden Autonomiebeschränkung, lassen auf eine graduelle Ueberschätzung der Nachhaltigkeit dieser zahlenmässig zugegeben umfangreichen Bindung aus Gesetz, Verordnung, Chartervertrag, Fondsvertrag und schliesslich den Statuten schliessen, was umgekehrt zu einer Bejahung ihres privatrechtlichen Charakters führen muss. Bereits mit den Ausführungen über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen¹⁰² aus der Konzession haben wir, wie wir glauben, eindrücklich gezeigt, dass begrifflich starke Bindungen statuiert sind, dass diese aber wegen der besonderen Natur des Luftverkehrs verhältnismässig schwach ausgebildet sind, dass die privatrechtliche Autonomie zweifellos tangiert wird, aber sicher nicht in einem Masse beschränkt wird, dass sie in Frage gestellt werden müsste. Es wird zu stark ausser acht gelassen, dass die SWISSAIR manche staatlich auferlegte und rechtlich

99 Ebenda.

100 Vgl. die Stelle in Anm. 97.

101 Vgl. ebenso Müller, Gemeinwesen, S. 176 Anm. 341.

102 Vgl. vorne S.

fixierte Pflicht auch aus Eigenverantwortung erfüllen würde. Private Gesellschaften, die eine Linienluftverkehrsgesellschaft betreiben wollen, wissen dass dies etwas anderes ist als beispielsweise die Herstellung von Kühlschränken. Wir wagten die Hypothese, dass das Auftreten der SWISSAIR ohne die öffentlichen Bindungen im wirtschaftlichen Bereich nicht wesentlich von ihrem jetzigen Auftreten abweichen würde. Diese müssen uns vielmehr als Festschreibung im Sinne einer Gewährleistung durch Publizität im positiven Recht erscheinen. Dennoch, eine allumfassende Privatisierung des (Linien-) Luftverkehrs zu propagieren wäre ebenfalls völlig verfehlt. Auch die völlig privaten Luftverkehrsgesellschaften der USA können ganz ohne öffentliche Bindungen nicht auskommen.

Wenn wir jetzt das privatwirtschaftliche Handeln der AG SWISSAIR im Vergleich mit Air France betrachten, können wir sehen, dass die wichtigsten wirtschaftspolitischen Entscheidungen der SWISSAIR nach den Grundsätzen der "reinen" Privatunternehmen abgewickelt werden, dass eine Gefährdung dieses ihreres Charakters sicher nicht besteht, dass vielmehr die Verhältnisse bei Air France diese Befürchtungen sowohl bezüglich des privatrechtlichen als auch des privatwirtschaftlichen Charakters verifizieren, wenn natürlich auch die Mehrheitsverhältnisse in Rechnung zu stellen sind. So ist das Handeln von Air France in wesentlichen Punkten von der Zustimmung des Verkehrsministers als des für die Zivilluftfahrt zuständigen Ministers abhängig,¹⁰³ während dieselben Entscheidungen bei der SWISSAIR ohne jede aussergesellschaftliche Mitwirkung zustandekommen, wie etwa das Budget oder die Kaufprogramme. Ferner bestimmt der Code de l'Aviation Civile, dass höchstens 30 % des Stammkapitals sich in nicht-staatlichen Händen befinden dürfen, davon höchstens 15 % in Händen von Privatpersonen französischer Staatsangehörig-

103 Art. 1-303-3 und R-330-7 Code de l'Aviation Civile, vgl. vorne S. 141 ff.

keit, während sich die übrigen 15 % in den Händen von Gebietskörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts zu befinden haben.¹⁰⁴ Diese Bestimmung entspricht inhaltlich ungefähr Art. 5 LFV im schweizerischen Luftrecht, der den schweizerischen Charakter der LVG festlegt. Auf diese Norm bezogen, statuiert Art. 2 Abs. 4 der SWISSAIR-Statuten, dass nur Schweizer Bürger, schweizerische Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes oder Firmen mit schweizerischem Charakter Namenaktien der SWISSAIR erwerben können. Hier sind andere Gesellschaften zum Teil andere Wege gegangen. So hat die holländische KLM einen Teil ihrer Aktien in Amerika emittiert, womit sie aber riskiert, "dass ein wesentlicher Teil ihrer Aktien geschlossen in ausländische Hände gerät und damit u.U. die Gesellschaft von aussen beeinflusst wird, eventuell in den verkehrspolitischen Sog eines anderen Landes geraten kann".¹⁰⁵ Im Gegensatz zur SWISSAIR und Lufthansa kennt Air France keine von der Hauptversammlung gewählten Verwaltungsratsmitglieder. Sie werden wie folgt für die Dauer von sechs Jahren ernannt:

Fünf Verwalter ("administrateurs") werden aus der Beamten-schaft ernannt, davon einer vom Premierminister, zwei vom Verkehrsminister und zwei vom Wirtschafts- und Finanzminister; fünf Verwalter, die nicht Beamte sind, werden vom Verkehrsminister ernannt, davon einer aus den Industrie und Handelskammern des französischen Mutterlandes und einer aus den Industrie- und Handelskammern in Uebersee oder im Ausland; vier Verwalter werden von der Belegschaft ernannt, und zwar einer aus den Reihen der leitenden technischen und kaufmännischen Angestellten, einer aus den Reihen des Flugpersonals, einer aus den Reihen der nichtleitenden Angestellten und einer aus der Belegschaft der Arbeiter;

104 Art. L-341-2 Code de l'Aviation Civile.

105 Bongers, Luftverkehr, S. 108 f.

zwei Verwalter schliesslich werden von den nichtstaatlichen Aktionären bestimmt.

Gleichfalls werden der Präsident und der Vizepräsident des Verwaltungsrates nicht gewählt, sondern auf Vorschlag des Verkehrsministers durch Verordnung des Ministerrates aus den Mitgliedern des Verwaltungsrates ernannt.¹⁰⁶

Sondervorschriften gelten auch für die Geschäftsführung des Unternehmens. Obgleich Air France wie jede Gesellschaft des Privatrechts gehalten ist, ihre Betriebsausgaben durch eigne Betriebseinnahmen abzudecken,¹⁰⁷ soll sie doch nicht mehr Gewinn erzielen, als zu einer ausgeglichenen Haushaltsführung, einschliesslich der Bildung von Rücklagen, erforderlich ist.¹⁰⁸ Diese massive Abschwächung des Gesellschaftszweckes stricto sensu der AG ist notwendige Folge der Nationalisierung. Tochtergesellschaften darf sie nur gründen oder sich kapitalmässig an anderen Wirtschaftsunternehmen beteiligen, wenn diese in Zusammenhang mit ihrer Haupttätigkeit stehen (= Art. 1 Abs. 3 SR-Statuten); die Neugründung oder Beteiligung muss aber durch Verordnung des Ministerrates gebilligt werden. Auch diese Entscheidungen fallen bei der SWISSAIR ohne aussergesellschaftlichen Einfluss.

Die Gründung von Unternehmen der Luftfahrtindustrie oder die kapitalmässige Beteiligung an solchen ist Air France verwehrt.¹⁰⁹

So ist zwar bei Air France privates Kapital beteiligt, wenn auch nur mit 1 %, und ebenfalls entsenden die Privataktionäre

106 Art. R-342-3 Code de l'Aviation Civile.

107 Art. L-342-2 Abs. 1 Code de l'Aviation Civile.

108 Vgl. Vingt ans d'Air France (1947-1967), in: Textes et Notes no. 204, 15.6.1967, S. 6 (hrsg. La Documentation Française); vgl. ferner Air France-Entreprise nationale de transports aériens, a.a.O., S. 86.

109 Art. L-341-1 Abs. 3.

zwei Vertreter in den Verwaltungsrat, dennoch aber erscheint sie als gemischtwirtschaftliche Unternehmung, ausser man verlangt eine bestimmte Minimalbeteiligung oder gar eine Sperrminorität. ¹¹⁰

D. SCHLUSS: DER VERSUCH EINER NEUEN TYPISIERUNG DER GEMISCHT- WIRTSCHAFTLICHEN AKTIENGESELLSCHAFT

Vor allem R. Fett hat mit seiner empirischen Studie über das gemischtwirtschaftliche Unternehmen die entscheidenden theoretischen Denkanstösse geliefert, einen neuen Weg bezüglich der Typologie dieser Unternehmensform zu beschreiten. Er empfand es, gleich dem Verfasser dieser Arbeit, als grossen Mangel, dass "die neueren Versuche der Beschreibung öffentlicher und gemeinwirtschaftlicher Unternehmen von der Eigentumsfrage weitgehend abstrahieren und die Zielinhalte in den Vordergrund stellen; beim gemischtwirtschaftlichen Unternehmen jedoch verharret der Blick auf der ungewohnten Eigentümerschaft, so dass es zu einer genaueren Untersuchung der Ziele gar nicht erst kommt".¹ Wie falsch eine solche Betrachtung herauskommen müsste, zeigt der Vergleich SWISSAIR - Lufthansa eindrucklich. Die Eigentumsverhältnisse sind fast spiegelbildlich, die Zielsetzungen aber praktisch identisch: bei der SWISSAIR liegt das Verhältnis Private - öffentliche Kapitaleigentümerschaft bei $\frac{3}{4}$ zu $\frac{1}{4}$, bei der Lufthansa bei $\frac{1}{5}$ zu $\frac{4}{5}$. Daraus schematisierend eine ausschliesslich kaufmännische Zielsetzung bei der SWISSAIR und eine ausschliesslich gemeinwirtschaftliche Zielsetzung bei der Lufthansa zu folgern, ergibt sich als falscher, unzulässiger Gedankengang, wie die Praxis und die nachfolgenden rechtstheoretischen Überlegungen zeigen werden.

¹¹⁰ Zu diesem Problem vgl. das nachfolgende Kapitel.

¹ Fett, S. 239.

Die Deckungsgleichheit von Kapitaleigentümerschaftsverhältnissen und Unternehmenszielsetzung ist nicht zwingend. Ebenfalls wird noch zu zeigen sein, dass diejenigen, die tatsächlich diese Zielsetzung bestimmen können, darin nicht so frei sind, wie dies im Schrifttum oft den Anschein macht. So kann zunächst von Loesch mit seiner Ansicht über die Zielsetzung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung nicht gefolgt werden, wenn er feststellen will, dass "die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen nur Mischformen zwischen dem privaten und dem gemeinwirtschaftlichen Unternehmen sind, wobei das gemischtwirtschaftliche dann, je nachdem, welcher der beiden Eigentümer gerade dominiert und seine Zielkonzeption durchsetzen kann, zu den gemeinwirtschaftlichen oder zu den privaten Unternehmen gezählt werden muss".²

Die Terminologie von Loeschs ist aber ohnehin schon unklar;³ sie lässt vermuten, dass er als wirklich gemischtwirtschaftliches Unternehmen nur ein solches mit einem Kapitalverhältnis 50 : 50 gelten lassen will, was sicher nicht richtig ist. Soviel steht aber sicher fest: Es ist zweifellos richtig, von der Tatsache auszugehen, dass der Begriff des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens seine Schöpfung dem Phänomen einer gemeinsamen (juristischen) Eigenkapitalbeteiligung von Gebietskörperschaften und Privatunternehmen bzw. Privatpersonen verdankt.⁴ Das Kriterium dieser Beteiligung für die begriffliche Einordnung soll mithin nicht aufgegeben werden.⁵ Insofern schliessen wir uns der Ansicht Passows an:⁵ "Keine gemischt private und öffentliche Unternehmung ... liegt vor, wenn z.B. eine öffentliche Körperschaft zwar einen Anteil

2 A. von Loesch, S. 111, H.v.V.

3 Vgl. Fett, S. 241 f.

4 Ders. S. 243.

5 R. Passow, Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen auf dem Gebiete der Elektrizitäts- und Gasversorgung und des Strassenbahnwesens, Jena 1923.

an dem verantwortlichen Kapital einer sonst privaten Gesellschaft besitzt, aber keinen Anteil an der Verwaltung hat.

Ebenso liegt umgekehrt keine gemischt private und öffentliche Unternehmung vor, wenn eine öffentliche Körperschaft zwar aus öffentlichrechtlichen Gründen oder infolge privatrechtlicher Vereinbarungen einen gewissen Einfluss auf die Verwaltung einer privaten Unternehmung, aber keinerlei Anteil an dem verantwortlichen Kapital besitzt."^{6/7} Stoffel verfeinert die Systematik, indem er zunächst eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung im weiteren Sinne unterscheidet,⁸ daneben eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung im engeren Sinne,⁹ wo er zwei Fälle unterscheidet, nämlich eine solche mit einer beteiligten öffentlichen Hand ohne Sperrminorität und eine solche mit einer privaten Beteiligung mit Sperrminorität, wobei er beiden die Gemischtwirtschaftlichkeit aufgrund dieses Kriteriums abspricht und sie den privaten bzw. öffentlichen Unternehmen zuordnet.¹⁰ Als echte gemischtwirtschaftliche Unternehmung lässt er nur eine Unternehmung gelten, die "durch ein annäherndes Gleichgewicht der beiden Interessengruppen bestimmt ist."¹¹ Im weiteren unterscheidet er die gemischtwirtschaftliche Unternehmung *sui generis*, wo die Zusammenarbeit nicht mehr auf der gemeinsamen Kapitalbeteiligung, sondern nur noch in der gemeinsamen Verwaltung besteht.¹² Aber alle diese Merkmale reichen nicht aus, die Typologie, die Zielsetzung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung zu erfassen. Wir folgen Stoffel insofern, als sicher richtig ist, die gemischtwirtschaftliche Unternehmung nur mit verwaltungsmässiger Beteiligung der öffentlichen Hand als eine solche eigener Art aufzufassen. Die Art, wie aber Stoffel

6 Vgl. Verweise Stoffel S. 35 Anm. 17.

7 So auch Stoffel, S. 36 für die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im engeren Sinne.

8 Ders. S. 34 f.

9 Ders. S. 35 ff.

10 Ders. S. 39.

11 Ders. S. 43.

12 Ders. S. 43 f.

den Begriff weiter verwendet, vor allem über das Kriterium der Sperrminorität, muss darauf schliessen lassen, dass er Elemente der Zielsetzung für die begriffliche Bestimmung heranzieht. Von diesem Vorgehen sind wir nicht überzeugt. Die Bedeutung der Eigentums- und Stimmrechtsverhältnisse wird damit nicht richtig eingeschätzt. Danach wäre die Luft-hansa eine öffentliche, die SWISSAIR eine Privatunternehmung, denn bei ersterer besitzen die Privataktionäre, bei letzterer die öffentlichen Aktionäre keine Sperrminorität als gesellschaftrechtlich relevantes Einflussinstrument. Die Zielsetzungen dieser Unternehmen, losgelöst von den Kapital- und Stimmrechtsverhältnissen, zeigen aber, dass dieser Ausschluss zu Unrecht erfolgen würde. Er würde auch dazu führen, dass die SWISSAIR in ihrer Rechtsstruktur Art. 103 LFG nicht erfüllen würde. Stoffel würde aber vermutlich in diesem Zusammenhang das Kriterium der Sperrminorität für die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im weiteren Sinne nicht fordern können. Die Absolutheit der Postulierung dieses Erfordernisses der Sperrminorität der Minderheitsbeteiligten lässt aber nicht darauf schliessen und seine Anwendung auch auf die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im weiteren Sinne vermuten. Wenn wir aber das Problem aus der Sicht der Zielsetzung angehen, kommen wir zu anderen Schlüssen.

Die Ebene der Kapital- und Stimmrechtsverhältnisse ist für die Typisierung von der Ebene der Zielsetzung, des Zweckes der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung scharf zu trennen; erstere sind lediglich zur Einordnung im "gesellschaftsrechtstechnischen Sinne" zu verwenden.¹³ Dannach ist nach unserer Auffassung zunächst jede Unternehmung, an der private und öffentlich-rechtliche Körperschaften an Kapital und Verwaltung beteiligt sind, eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, mag auch das Beteiligungsverhältnis extrem sein, wie etwa bei

13 Z.B. für die Entscheidung gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaft ja oder nein.

Air France, wo das private Kapital ca. 1 % ausmacht und die Verwaltungsbeteiligung ebenfalls mit zwei Vertretern im sechzehnköpfigen Verwaltungsrat klein ist.

Die Typisierung muss auf der Ebene der Zielsetzung, des Zweckes erfolgen, die die begrifflich bereits stattgefundene Einordnung nicht mehr umzustossen vermag. Somit sind für die Einordnung der Unternehmung immer zwei Aussagen notwendig, wobei die Entscheidung über die erste Aussage, ob eine Unternehmung gemischtwirtschaftlich ist oder nicht, mit der Analyse auf der ersten Ebene fallen muss.

Für die Typisierung auf der Ebene der Zielsetzung, des Zweckes der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ist unseres Erachtens ebenfalls ein neuer Weg zu beschreiten, um dem Phänomen der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung gerecht werden zu können. Die meisten Autoren sind sich darüber völlig einig, und es ist im weiteren ein anerkannter, unbestrittener Rechtsgrundsatz, dass jedes Tätigwerden öffentlich-rechtlicher Institutionen in privatrechtlichen Formen absolut an das öffentliche Interesse, d.h. an öffentliche, gemeinwirtschaftliche, den Interessen der Allgemeinheit dienende, das Gemeinwohl fördernde etc. Zwecke gebunden ist. Unseres Erachtens werden nach dieser Feststellung die gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen nicht richtig eingesehen, speziell nicht für die Zielsetzung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung. Gesellschaftsrechtlich kann diese obige Feststellung nichts anderes bedeuten, als dass das öffentliche Beteiligungsinteresse, der öffentliche Beteiligungszweck und die dadurch präjudizierte Unternehmungszielsetzung dem künftigen konkreten Unternehmenszweck in jedem Falle unabänderlich festlegen. Dadurch werden die Beteiligungsmöglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Körperschaften begrenzt. Diese Festlegung geschieht in der Form einer absoluten Priorität des öffentlichen Zweckes der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, der auch ungeschrieben die gemischtwirtschaft-

liche Unternehmung immer in dieser Richtung verpflichtet, ähnlich wie auf privater Seite der Gesellschaftszweck stricto sensu der Aktiengesellschaft in Richtung der Gewinnstrebigkeit. Hier besteht nun aber der alles entscheidende Unterschied: Die öffentliche Beteiligung ist von des obigen Rechtsgrundsatzes wegen in der Zielsetzung unabänderlich, sie ist fixiert, unanpassbar an irgendwelche andere Zwecke, die von ihr abweichen; die private Beteiligung ist es nicht, diese ist flexibel. Dadurch erfährt jede Zwecksetzung einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ein durch die öffentlichen Zwecke fixiertes Fundament. Ist dieser Grundsatz nicht garantiert, kann gar keine öffentliche Beteiligung zustande kommen; resp. wollen die privaten Beteiligten diesen Grundsatz nicht anerkennen, wird die gemischtwirtschaftliche Unternehmung nicht konstituierbar sein. Mit anderen Worten heisst das, wann immer sich die Konstituierung einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung abzeichnet, erfährt die private Beteiligung eine Prädeterminierung ihres eigenen Zweckes, welche sie akzeptieren kann oder nicht. Aktienrechtlich gesprochen bedeutet das, dass der Gesellschaftszweck largo sensu in seinem Inhalt und der Gesellschaftszweck stricto sensu in seinem Umfang im Sinne einer Abschwächung der Nachhaltigkeit seiner Verfolgung automatisch prädeterminiert sind. Es ist ein weiterer anerkannter Rechtsgrundsatz geworden, dass diese Prädeterminierung nicht absolut ist, sondern im Sinne einer Priorität verstanden werden muss. Präzisierend ist festzuhalten, dass die Prädeterminierung so geschieht, dass die öffentlichen Zwecke unumstösslich als Primärzwecke zu verstehen sind, die privaten Zwecke, soweit sie nicht sowieso unter Umständen mit den öffentlichen Zwecken übereinstimmen, können in der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung immer nur Sekundärzwecke sein, woran die vom Aktienrecht in Aussicht gestellte einseitige Anpassung des privaten Beteiligungszweckes im Sinne

einer gemeinwirtschaftlich orientierten Abschwächung des typischen Gesellschaftszweckes *stricto sensu* der Gewinnstrebigkeit anschliessen muss. Der Primärzweck bzw. die primäre Zielsetzung einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung ist somit immer gemeinwirtschaftlich. Auf dieser Basis kann nicht getrennt werden in einen öffentlichen und einen privaten Primärzweck. Das Primat des gemeinwirtschaftlichen Zwecks führt gleichzeitig zur Gemeinsamkeit dieses Fundamentalzweckes, der so als Grundsatz auch ungeschrieben in der Satzung der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft gilt.

Diese Feststellungen haben also einschneidende Folgen für die Zwecksetzung der Aktiengesellschaft und der darauf basierenden Unternehmungspolitik, wobei der Verwaltungsrat der gemischtwirtschaftlichen AG Hauptbetroffener ist. Als Beispiel aus der Praxis wurden die SWISSAIR-Statuten einer eingehenden Prüfung unterzogen, wobei dort gezeigt werden konnte, dass das Primat der öffentlichen Interessenwahrung, dort als Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes verstanden, anerkannt ist.¹⁴ Nun muss aber gerade in diesem konkreten Zusammenhang eine Tatsache nachdenklich stimmen: Wir wollten ursprünglich die gemischtwirtschaftliche Unternehmung aufgrund ihrer Zweck- und Zielsetzung typisieren und haben das unumstössliche Primat der öffentlichen Zwecke und Zielsetzungen bejaht. Wie ist nun aber der Umstand zu verstehen, dass die SWISSAIR als gemischtwirtschaftliche Unternehmung unter dem Primat dieser öffentlichen Zwecke und Zielsetzungen beispielsweise im Geschäftsjahr 1979 einen Reingewinn von über 40 Millionen Franken ausweisen kann? Müsste man nicht bezüglich der Zweck- und Zielsetzung aufgrund dieser Zahl vielmehr auf ein Primat der erwerbswirtschaftlichen Ziel- und Zwecksetzung schliessen? Dies ist mit nachfolgender Begründung zu verneinen.

14 Vgl. vorne S. 235 f.

Primat bedeutet eben Primat, erste Priorität. Dieses kann früher oder später erfüllt sein und der zweiten Priorität Geltung verschaffen. Der Umfang dieses Primates hängt in der Praxis vom Bereich ab, in dem die konkrete Unternehmung tätig wird. Gehen wir vom praktischen Fall aus. Wir haben die SBB und die SWISSAIR in dieser Arbeit unter die Lupe genommen. Beides sind Dienste im Bereich des öffentlichen Verkehrs, was im Grundsatz das staatliche Engagement in diesem Bereich rechtfertigt. Völlig unterschiedlich ist aber die sozial- und raumordnungspolitische Funktion im allerweitesten Sinne dieser beiden Verkehrsbetriebe. Wenn diese zweifellos als in der Praxis schwer messbar erscheinen muss, können wir dennoch feststellen, dass sie aus der Natur der Sache bei der SWISSAIR in einem sehr viel kleineren Umfang vorhanden sein muss als bei den SBB. Nun, die SBB sind keine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, sondern eine öffentlich-rechtliche Anstalt. Aber, wären sie eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, wäre der öffentliche Primärzweck von grösstem Umfang und würde kaum Platz bieten für die Erfüllung eines privatwirtschaftlichen Sekundärzweckes. Natürlich wäre er auch bei einer gemischtwirtschaftlichen SBB vorhanden, aber er dürfte ja erst zum Tragen kommen, wenn der Primärzweck erfüllt ist. Dieses Moment ist natürlich in der Praxis wiederum schwer messbar, aber bezüglich der SBB mit der sehr intensiven gemeinwirtschaftlichen Bindung ist die Feststellung zu wagen, dass der Primärzweck den Sekundärzweck nicht aufkommen lassen könnte, d.h., es kann nichts für seine Erfüllung in Richtung beispielsweise der Ausschüttung einer angemessenen Dividende unternommen werden, solange der Primärzweck nicht erfüllt ist.

Ganz anders die SWISSAIR. Ihre raumordnungspolitische Funktion ist im Vergleich zu den SBB minimal, wenn nicht überhaupt inexistent. Ihre sozial-politische Funktion ist ebenfalls minimal. Sie muss beispielsweise nicht bestimmte (gros-

se!) Passagierklassen aus sozialpolitischen Gründen zum halben Preis befördern oder zumindest zu stark ermässigten Preisen; sie kennt beispielsweise keinen Schülerverkehr etc. Mit anderen Worten, der zweifellos vorhandene gemeinwirtschaftliche Primärzweck lässt durch seinen beschränkten Umfang und die beschränkte Nachhaltigkeit seiner Verfolgung aus der Natur der Sache viel eher die tatsächliche Erfüllung auch des Sekundärzweckes zu. Die öffentlichen Verpflichtungen aus den Rechtsgrundsätzen des öffentlichen (Haushalts-)Rechts und die öffentlichen Bindungen aus der Natur der Sache sind bezüglich der SWISSAIR verhältnismässig beschränkt, nicht in der Zahl, aber im Restriktionsgrad. Der angestrebte öffentliche Zweck darf aber keine Leerformel darstellen, ebenso muss für den Restriktionsgrad der darauf basierenden Bindungen ein gewisses Mindestmass gefordert werden, was verhindern muss, dass die öffentlichen Gemeinwesen unter der Vorgabe von leicht fadenscheinigen öffentlichen Interessen um so leichter und umfangreicher die Ziele des rein erwerbswirtschaftlichen Prinzips verfolgen könnten. Die Grösse des Restriktionsgrades sämtlicher öffentlich(rechtlich)-er Verpflichtungen bestimmt den verbleibenden Spielraum des erwerbswirtschaftlichen Prinzips. Dieser Restriktionsgrad kann bei einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung grösser, bei einer anderen kleiner sein. Je nachdem ist sie für den Privaten attraktiver - vorausgesetzt er beteiligt sich aus Dividendeninteressen - oder nicht attraktiv, je nachdem erwirtschaftet sie einen Gewinn oder einen Verlust, je nachdem bestimmen sich auch die Mehrheitsverhältnisse, denn dieser Restriktionsgrad ist vor der Konstituierung einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung in diesem Bereich bekannt oder doch zumindest abschätzbar. So würden die SBB, wollten sie in eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung umgewandelt werden, wohl kaum Privataktionäre mit Dividendeninteressen anziehen können. In diesem Zusammenhang ist aber

noch zu erwähnen, dass wir tatsächlich die meisten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen im Versorgungssektor finden, wo die gemeinwirtschaftlichen Bindungen weitgehend vom Gesetzgeber vorbestimmt sind, so etwa auch durch das LFG und die auf ihm basierenden Verordnungen. Diese gesetzlichen Auflagen werden so zu Bestandteilen der betrieblichen Zielsetzung und ergänzen die Statuten. Für den Luftverkehr haben wir diese Bindungen analysiert und festgestellt, dass der Restriktionsgrad dieser Bindungen verhältnismässig klein ist, wenn auch ihr "zahlen- und platzmässiger Umfang" gross ist. Deshalb werden diese Bindungen auch oft stark überschätzt, beispielsweise bei Schürmann.

Unter diesen Voraussetzungen müssen wir aber bei allen gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, also auch aus einem anderem als dem Versorgungsbereich, beispielsweise dem Dienstleistungsbereich in Form einer gemischtwirtschaftlichen Bank, öffentliche Bindungen in Rechnung gestellt werden, die nicht unbedingt einem Gesetz oder einer Konzession entspringen müssen. Sie können sich bereits aus dem Entstehungsgrund, der besonderen Marktstellung und den gegebenenfalls vom öffentlichen Partner geforderten wirtschaftspolitischen Sonderleistungen ergeben.

Dem Interessenskonflikt bieten sich unter Zugrundelegung dieser Ueberlegungen folglich kaum noch Ansatzpunkte, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für die Konstituierung richtig gesehen werden. In der Tat findet der Konflikt, soweit darin Einblick gewonnen werden konnte, in der Praxis nicht statt. Die entscheidende Rolle fällt dabei dem privaten Beteiligten zu, der das Primat der öffentlichen Zwecke und Ziele in Rechnung stellend keinen Anlass finden kann, diesbezüglich einen Konflikt ausbrechen zu lassen. Prinzipien des Aktienrechtes werden dadurch nicht verletzt, sondern verwirklicht, da es ausdrücklich die einseitige Abschwächung des typischen Gesellschaftszweckes *stricto sensu* bis zur Aufhebung bei Zustimmung aller Aktionäre ausdrücklich vorsieht.

Somit sind gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, hier Aktiengesellschaften, zunächst auf der ersten Ebene "gesellschaftsrechtstechnisch" zu typisieren, einzustufen aufgrund des Kriteriums der Tatsache einer kapital- und verwaltungsmässigen Beteiligung öffentlich-rechtlicher Körperschaften (auch ohne Sperrminorität) und, wenn man so sagen will, "gesellschaftsrechtideologisch" auf der zweiten Ebene nach dem Verhältnis des durch den Restriktionsgrad der öffentlichen Bindungen individuellen Verhältnisses zwischen dem im Grundsatz festgelegten, im Umfang variablen öffentlichen Primärzweck zum erwerbswirtschaftlichen Sekundärzweck, der sich jenem anpassen muss.

Für die SWISSAIR als herangezogenes konkretisierendes Beispiel ergibt sich folgende Einstufung:

Auf der ersten Ebene: Die SWISSAIR ist eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft. Am Kapital und an der Verwaltung sind öffentlich-rechtliche Körperschaften beteiligt.

Auf der zweiten Ebene: Die SWISSAIR ist als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft an den öffentlichen Primärzweck von Rechtes wegen gebunden und hat sich daneben ausdrücklich in ihrer Satzung dazu verpflichtet, ihre Geschäftspolitik darauf aufzubauen. Der Restriktionsgrad der öffentlichen Bindungen ist verhältnismässig klein, so dass die leichtfällende Erfüllung des öffentlichen Primärzweckes eine weitgehende Erfüllung auch des erwerbswirtschaftlichen Sekundärzweckes zulässt, wodurch sich die verhältnismässigen Gewinne der Unternehmung verantworten lassen.

Die genau gleiche Typisierung kann vorgenommen werden für die Deutsche Lufthansa AG.

Für die Air France müsste sie folgendermassen ausfallen:

Auf der ersten Ebene: Die Air France ist eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft. An ihrem Kapital und an ihrer Verwaltung sind öffentlich-rechtliche Körperschaften (99 % / 14 von 16 Vertretern) und private (1 % / 2 von 16 Vertretern) beteiligt.

Auf der zweiten Ebene: Der Restriktionsgrad der öffentlichen Bindungen ist sehr gross und erlaubt die Erfüllung des erwerbswirtschaftlichen Sekundärzweckes nur im Umfang, der zu einer ausgeglichenen Betriebsrechnung führt.

Anhang

- I Das Luftrecht der Schweiz
- II Organigramm Bundesamt für Zivilluftfahrt
- III Konzession der SWISSAIR
- IV Statuten der SWISSAIR
- V Verwaltungsreglement der SWISSAIR
- VI Die obersten Grundsätze der SWISSAIR
- VII § 2 Satzung Deutsche Lufthansa AG
- VIII Liste der ICAO - Mitglieder
- IX Liste der IATA - Mitglieder
- X Liste der Mitglieder des Warschauer Abkommens

Lebenslauf des Verfassers

Das Luftrecht der Schweiz

T/I

I. Teil: Landesrecht

101	Artikel 37ter der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874	22. Mai 1921
748.0	BG über die Luftfahrt (LTG)	1. Dez. 1948
01	V über die Luftfahrt (LEF)	14. Nov. 1943
112.11	Gebührenordnung zum Luftfahrtgesetz (GO)	8. März 1976
12	R über die Erhebung von Flugsicherungs-Streckengebühren	17. Okt. 1973
13	V über die Erhebung von Flugsicherungsgebühren	21. Nov. 1973
131	V des EVED über die Festsetzung von Flugsicherungsgebühren	17. Okt. 1973
14	V über besondere Sicherheitsmassnahmen in Luftverkehr	18. Sept. 1975
2	BRB betreffend die Übertragung von Befugnissen des Eidgenössischen Luftamtes	12. Dez. 1977
3	V über die Luftfahrtkommission	8. Jan. 1969
113.1	V über Einschränkungen des Flugverkehrs im Raume Zürich	5. Juni 1950
11	V des EVED über Ausnahmen von den Einschränkungen des Luftverkehrs im Raume Zürich	4. Juli 1973
2	V über Einschränkungen des Luftverkehrs im Raume Schwyz	6. Juli 1973
131.11	V des EVED über die Verkehrsregeln für Luftfahrzeuge	9. Aug. 1973
4	V des EVED über das Mitführen von Fallschirmen in Luftfahrzeugen	3. Dez. 1971
126.1	BRB über den Such- und Rettungsdienst der zivilen Luftfahrt	26. Nov. 1963
11	V des Eidgenössischen Luftamtes	11. März 1955
3	V über die Flugunfalluntersuchungen (VFU)	17. März 1955
127.1	V des EVED über die Betriebsregeln im gewerbemässigen Luftverkehr (Betriebsregeln I)	1. April 1960
2	V des EVED über die Ausweise für Luftfahrzeug-Unterricht	23. Nov. 1973
131.21	V des EVED (VLU) Bau, die Einrichtung und den Unterhalt der Flugplätze	17. Sept. 1965
132.1	BRB über die Ordnung des Flugsicherungsdienstes	1. Dez. 1970
11	V des EVED über die Organisation des Schweizerischen Flugsicherungsdienstes	10. Juni 1968
12	V des EVED über die Zusammenarbeit zwischen der zivilen Flugsicherung und dem Kommando der Flieger- und Fliegerabwehrtruppen	30. Sept. 1968
134.2	V des EVED über die Lärmmassnahmen der kontestierten Flieger- und Fliegerabwehrtruppen	1. Aug. 1974
215.1	V des EVED über die Lufttüchtigkeit von Luftfahrzeugen	23. Nov. 1973
3	Prüfordnung für Luftfahrzeuge	14. April 1970
2	Verordnung des EVED über die Ausstellung und Anerkennung von Lärmmassnahmen für Luftfahrzeuge	15. April 1970
216.1	V des Eidgenössischen Luftamtes über die Hoheits- und Eintragungsverzeichnisse der Luftfahrzeuge	30. Jan. 1978
748.217.1	BG über das Luftfahrzeugbuch (LBC)	14. Mai 1965
11	V (LBC)	7. Okt. 1959
		2. Sept. 1960

Anhang I

T/2

321.1	BB über die Förderung des Flieger- und des Fallschirmgrenadier-Nachwuchses	20. Dez. 1972
11	V über die Schweizerische Luftverkehrsschule	22. Nov. 1972
222.1	R über die Ausweise für Flugspersonal (RFP)	25. März 1975
2	R über die Ausweise des Personals der Bodenorganisation der Luftfahrt (RBP)	2. Dez. 1960
222.3	V über den fliegerärztlichen Dienst der Zivilluftfahrt	18. Dez. 1973
225.1	V über die Rechte und Pflichten des Kommandanten von Luftfahrzeugen (LTK)	22. Jan. 1960
411	Lufttransportgesetz (LTKG)	3. Okt. 1952
1	BB über die Genehmigung einiger Änderungen des Lufttransportgesetzes	28. Sept. 1962
11	VF des Eidgenössischen Luftamtes über die Beförderung bedingt zugelassener Güter mit Luftfahrzeugen	1. Juli 1963
311	BB über den Ausbau der Zivilluftplätze	22. Juni 1945
941	V über bestimmte Fluggeräte und Flugkörper (VEF)	6. Sept. 1976

II. Teil: Internationales Recht		
51	Abkommen zur Vereinfachung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Warschauer Abkommen in der Fassung von Den Haag 1955)	12. Okt. 1929/38. Sept. 1955
52	Abkommen zur Vereinfachung von Regeln über die Sicherheitsbeschlagnahmen von Luftfahrzeugen	19. Mai 1931
53	Internationales Abkommen über die Luftverkehrsbeförderung (Ausgangspunkt)	10. Febr. 1937
54	Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt (Abkommen von Chicago)	7. Dez. 1944
55	Vereinbarung über den Transit internationaler Luftverkehrslinien	7. Dez. 1944
56	Abkommen über die internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen	19. Juni 1948
57	Protokoll zur Änderung des Abkommens zur Vereinfachung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Protokoll in Warschau am 12. Oktober 1959 (Haager Protokoll))	28. Sept. 1955
58	Mehrseitiges Abkommen über die Verkehrsrechte für Beförderungen im nicht regelmässigen Luftverkehr in Europa	10. April 1956
59	Übereinkommen über Luftfahrtausweise - eingeführter Luftfahrzeuge	22. April 1960
60	Zusatzabkommen zum Warschauer Abkommen zur Vereinfachung von Regeln über die von einem andern als dem vertraglichen Luftfahrzeugführer ausgeführte Beförderung im internationalen Luftverkehr (Abkommen von Guadalajara)	18. Sept. 1961
61	Abkommen über strafbare und bestimmte andere an Bord von Luftfahrzeugen begangene Handlungen	14. Sept. 1963
62	Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen	16. Dez. 1970
63	Vorläufiges Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Europäischen Organisation zur Sicherung der Luftfahrt Eurocontrol über die Erhebung von Streckennavigationsgebühren	9. Aug. 1971
64	Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt	23. Sept. 1971

Anhang: Verzeichnis weiterer (in der vorliegenden Sammlung nicht enthaltener) luftrechtlicher Erlasse



K o n z e s s i o n

der Swissair Schweizerische Luftverkehr AG
für die gewerbsmässige Beförderung von Personen und Sachen
(Vom 19. Dezember 1966)

Das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement,

in Anwendung von Artikel 27 bis 32, 93 und 103 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt sowie Artikel 138 bis 140, 142 bis 150 und 152 bis 154 der Vollziehungsverordnung vom 5. Juni 1950 zum Luftfahrtgesetz,

nach Anhörung der Regierungen der Kantone Zürich, Bern, Basel-Stadt und Genf sowie der Schweizerischen Bundesbahnen und der Post-, Telephon- und Telegraphenbetriebe,

gestützt auf das Gesuch der Swissair Schweizerische Luftverkehr AG in Zürich vom 15. Dezember 1966,

v e r f ü g t :

Art. 1

Der Swissair, Schweizerischen Luftverkehr AG in Zürich, wird zu den nachstehenden Bedingungen eine Konzession für die gewerbsmässige Beförderung von Personen und Sachen auf den im Anhang aufgeführten Luftverkehrslinien verliehen.

Art. 2

1 Die Konzession wird für die Dauer von 15 Jahren erteilt.

2 Nach Ablauf von jeweils 3 Jahren wird die Konzession auf Gesuch der Konzessionärin um 3 Jahre verlängert, so dass sie jederzeit noch für einen Zeitraum von wenigstens 12 Jahren gültig ist.

3 Das Gesuch um Verlängerung soll 6 Monate vor Ablauf der in Absatz 2 festgesetzten Fristen gestellt werden.

4 Bei Auflösung und Liquidation der Konzessionärin erlischt die Konzession. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen von Artikel 17, Absatz 2.

Art. 3

Linienplan

1 Die Linien, für welche die Konzession anwendbar ist, sind im Linienplan im Anhang zur Konzession aufgeführt. Diese Linien gelten gemäss Artikel 103 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt als im allgemeinen Interesse liegend.

2 Der Anhang zur Konzession wird auf jede Flugplanperiode vom Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement nach Durchführung der Flugplankonferenz neu herausgegeben. Dabei kann er in Anwendung von Artikel 103 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt auf Veranlassung des Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartements oder auf Gesuch der Konzessionärin geändert werden. Entschädigungsansprüche für Luftverkehrslinien, die auf Verlangen der Konzessionsbehörde betrieben werden, aber nicht selbsttragend sind, bleiben vorbehalten.

3 Vorläufige Aenderungen des Linienplanes können vom Eidgenössischen Luftamt genehmigt werden. Das Eidgenössische Luftamt kann Aenderungen des Linienplanes verfügen, wenn der sichere Betrieb einer Linie nicht mehr gewährleistet ist.

4 Zur Wahrung der öffentlichen Ordnung sowie aus politischen oder militärischen Gründen kann das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement besondere Massnahmen anordnen. Entschädigungsansprüche der Konzessionärin bleiben vorbehalten.

Art. 4

Flugpläne

1 Die Flugpläne bedürfen der Genehmigung durch das Eidgenössische Luftamt.

2 Die genehmigten Flugpläne sind von der Konzessionärin zu veröffentlichen.

Art. 5

Betriebspflicht

¹ Die Konzessionärin ist verpflichtet, alle Vorkehren zu treffen, um den Betrieb im Rahmen der technischen und personellen Möglichkeiten gemäss den Flugplänen aufrechtzuerhalten. Nicht voraussehbare, vorübergehende Aenderungen sind dem Eidgenössischen Luftamt zu melden.

² Das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement kann die Konzessionärin auf begründetes Gesuch von einzelnen Pflichten befreien oder andere Erleichterungen gewähren. Aenderungen, die nur für die laufende Flugplanperiode gelten sollen, können durch das Eidgenössische Luftamt genehmigt werden.

³ Die Blockierung von Kursflugzeugen zur Beförderung von Reisegruppen auf Grund eines Chartervertrages ist dem Luftamt zu melden. Das Luftamt kann die Konzessionärin zur vermehrten Zurückhaltung in der Vercharterung von Kursflugzeugen auf einer Linie anhalten, wenn ihm eine angemessene Bedienung des allgemeinen Publikums als in Frage gestellt erscheint.

Art. 6

Beförderungspflicht

¹ Die Pflicht zur Beförderung besteht im Rahmen der technischen Möglichkeiten in folgender Reihenfolge:

- a. Für Personen, die im Auftrage des Bundesrates reisen, für die schweizerischen diplomatischen Kuriere und deren Gepäck und Uebergepäck;
- b. für Post sowie für Kuriersendungen, die nicht als Fracht aufgegeben werden;
- c. für die übrigen, nicht unter Buchstabe a erwähnten Personen, ihr Gepäck und Uebergepäck sowie für Fracht.

² Die Bedingungen für die Beförderung von Post werden zwischen den Schweizerischen Post-, Telephon- und Telegraphenbetrieben und der Konzessionärin vertraglich geregelt.

Art. 7

Tarife und übrige Beförderungsbedingungen

¹ Die Konzessionärin darf nur die vom Eidgenössischen Luftamt genehmigten Tarife und Beförderungsbedingungen anwenden. Der Genehmigung bedürfen auch alle damit zusammenhängenden Vereinbarungen zwischen der Konzessionärin und anderen Luftverkehrsunternehmen.

² Die Beförderungsbedingungen sind in den schweizerischen Amtssprachen sowie in anderen Sprachen, in denen sie veröffentlicht werden, einzureichen.

³ Die Konzessionärin ist verpflichtet, ihre Bediensteten sowie die Personen, die für sie handeln, zur Befolgung der Beförderungsbedingungen, namentlich der Tarife, anzuhalten.

Art. 8

Unentgeltliche
Beförderung

Es sind unentgeltlich zu befördern:

- a. Das Personal des Eidgenössischen Luftamtes und das Flugsicherungspersonal der Radio-Schweiz AG für dienstliche Verrichtungen sowie Personen, die im Auftrag des Eidgenössischen Luftamtes reisen, einschliesslich Gepäck und Uebergepäck;
- b. Personen und Sachen, die von der Konzessionärin in die Schweiz befördert wurden, aber in einem schweizerischen Flughafen von den Polizei- oder Zollbehörden zurückgewiesen werden und auf deren Weisung wieder ins Ausland zu befördern sind, unter Vorbehalt des Rückkehrrechtes der Konzessionärin gegen die Verantwortlichen.

Art. 9

Beförderung zu
herabgesetzten
Tarifen

Das Eidgenössische Luftamt bestimmt, welche Personen zu herabgesetzten Tarifen zu befördern sind.

Art. 10

Entschädigung
für Kurier-
sendungen

Die Entschädigung für die Beförderung von Kuriersendungen des Eidgenössischen Politischen Departementes und der schweizerischen Auslandsvertretungen wird, sofern solche Sendungen nicht als Fracht aufgegeben werden, durch das Eidgenössische Politische Departement und die Konzessionärin als Jahrespauschale vereinbart.

Art. 11

Meldungen

¹ Dem Eidgenössischen Luftamt ist Kenntnis zu geben von folgenden Unterlagen:

- a. Jahresbericht und Jahresrechnung;
- b. zusammengefasster Jahresvoranschlag;
- c. Protokolle der Generalversammlung;
- d. zusammengefasste vierteljährliche Bilanzen und Betriebsrechnungen;
- e. statistische Angaben gemäss Anforderungen des Eidgenössischen Luftamtes;
- f. Personalverzeichnis auf Jahresende;
- g. Organisationsplan auf Jahresende;
- h. wichtige Verträge mit anderen Luftverkehrsunternehmungen oder Luftfahrtbetrieben, namentlich Zusammenarbeits- und Poolverträge.

2 Das Eidgenössische Luftamt ist von der Konzessionärin über Beschlüsse, die für die künftige Entwicklung der Unternehmung von grundlegender Bedeutung sind, zu unterrichten.

Art. 12

Personalfürsorge

Die Konzessionärin hat für das in der Schweiz ständig beschäftigte Bodenpersonal, für das im Ausland ständig beschäftigte schweizerische Bodenpersonal sowie für das schweizerische und ausländische fliegende Personal eine Personalfürsorge einzurichten oder dieses Personal bei einer in der Schweiz für diesen Geschäftszweig zugelassenen Versicherungsunternehmung gegen die Folgen von Alter, Invalidität und Tod zu versichern. In begründeten Fällen kann das eidgenössische Luftamt für einzelne Angestellte oder Personalgruppen Ausnahmen bewilligen.

Art. 13

Aufhebung von Reserven

Die Konzessionärin hat vom Reingewinn 1/10 dem allgemeinen Reservefonds zuzuweisen, bis dieser die Hälfte des Aktienkapitals erreicht. Die übrigen Einzelheiten werden in den Statuten der Gesellschaft festgesetzt.

Art. 14

Kriegstransporte

Die Gesetzgebung über Kriegstransporte bleibt vorbehalten.

Art. 15

Aufsicht

1 Den Beamten der eidgenössischen Aufsichtsbehörden ist zu dienstlichen Zwecken jederzeit freier Zutritt zu allen Anlagen und Luftfahrzeugen zu gewähren.

2 Die Konzessionärin hat diesen Beamten alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, die für die Ausübung der betreffenden Aufsichtsfunktion notwendig sind.

Art. 16

Übertragung
der Konzession

1 Die Übertragung der Konzession oder einzelner aus dieser Konzession abgeleiteter Rechte und Pflichten an Dritte bedarf der Genehmigung durch das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement.

2 Die Konzessionärin haftet weiterhin für die Erfüllung der durch die Konzession übernommenen Pflichten

Art. 17

Erwerb durch
den Bund

1 Unter der Voraussetzung einer entsprechenden Änderung von Artikel 103 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt werden die Bedingungen für den Erwerb der konzessionierten Unternehmung durch den Bund wie folgt festgesetzt:

- a. Der Erwerb ist der Konzessionärin durch das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement zwölf Jahre zum voraus schriftlich anzuzeigen.
- b. Durch den Erwerb gehen alle Aktiven und Passiven sowie alle Rechte und Verpflichtungen auf den Bund über. Die Luftfahrzeuge und die gesamten übrigen Anlagen und Einrichtungen sind in normalen Unterhaltszustand abzutreten. Dem Bund erwachsende Kosten zur Herstellung dieses Zustandes sind von der Entschädigung abzuziehen.
- c. Die Entschädigung wird durch eine Kommission von drei Mitgliedern festgesetzt. Das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement und die Konzessionärin bezeichnen je einen Vertreter, und diese wählen das dritte Mitglied als Vorsitzenden. Können sie sich nicht einigen, so bezeichnet die staats- und verwaltungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes den Vorsitzenden.
- d. Die Entschädigung entspricht, unter Vorbehalt von Buchstabe g hiernach, grundsätzlich dem Ertragswert der Unternehmung. Mindestens ist jedoch der Liquidationswert zu vergüten.
- e. Grundlage für die Berechnung des Ertragswertes ist der durchschnittliche Ertrag der letzten fünf Geschäftsjahre vor dem Erwerb. Falls zu erwarten ist,

dass in den ersten fünf Jahren nach dem Erwerb der Ertrag wesentlich grösser oder kleiner ausfallen wird, ist ein angemessener Zuschlag oder Abzug anzubringen.

- f. Unter Ertrag eines Geschäftsjahres ist der Ueberschuss zu verstehen, der sich ergibt, nachdem von den effektiven Einnahmen alle betriebswirtschaftlich notwendigen Kostenelemente abgezogen worden sind. Bei der Bemessung der betriebswirtschaftlich notwendigen Abschreibungen ist, entsprechend diesem Grundsatz, auf den Anschaffungswert, die voraussichtliche Nutzungsdauer und den voraussichtlich am Ende der Nutzung erzielbaren Verkaufserlös abzustellen.
- g. Vermögenswerte, die in dem nach diesen Regeln ermittelten Ertragswert nicht oder nicht angemessen zum Ausdruck kommen, werden gesondert zum Liquidationswert abgegolten. Dies betrifft insbesondere Anlagen und Vorräte, die mit dem laufenden Luftverkehrsbetrieb nicht unmittelbar zusammenhängen, ferner Landreserven und Beteiligungen.
- h. Der Kapitalisierungszinsfuss wird durch die Kommission festgelegt. Er soll der im Uebernahmezeitpunkt verzeichneten durchschnittlichen Rendite der Bundesobligationen entsprechen, erhöht um einen Zuschlag, der bis zu einem Viertel, in Zeiten aussergewöhnlich tiefer Zinssätze bis zur Hälfte dieser Rendite gehen kann.
- i. Der Liquidationswert ist die Summe der Veräusserungswerte der einzelnen Vermögenswerte beim Uebergang an den Bund, unter Annahme des Fortbestandes der Unternehmung.
- j. Im Streitfall entscheidet das Bundesgericht über die Höhe der Entschädigung.
- k. Die Entschädigung ist bar zu bezahlen.

² Nach Erhalt der Anzeige gemäss Absatz 1, Buchstabe a, darf die Konzessionärin keine Verfügungen treffen, die mit der sorgfältigen Leitung der Unternehmung und der ordentlichen Verwaltung des Vermögens im Hinblick auf die Fortführung des Betriebes im Widerspruch stehen.

³ Die Anzeige nach Absatz 1, Buchstabe a, fällt dahin, wenn nicht spätestens binnen vier Jahren nach der Anzeige eine entsprechende Aenderung des Artikels 103 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt in Kraft getreten ist.

4 Bei schwerer oder wiederholter Verletzung der Pflichten der Konzessionärin kann die in Absatz 1, Buchstabe a, vorgesehene Anzeigefrist von 12 auf 3 Jahre herabgesetzt werden, sofern Artikel 103 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt binnen zwei Jahren nach der Anzeige geändert wird.

Art. 18

Die Konzession tritt am 1. Januar 1967 in Kraft.

Bern, den 19. Dezember 1966

Löwenössisches Verkehrs- und
Energiewirtschaftsdepartement

sig. Gnägi

Anhang: Von der Konzessionärin
zu betreibende regelmässige
Linien (Winterflugplan 1966/67)

I. Firma, Sitz, Zweck und Dauer der Gesellschaft

Art. 1

- ¹ Unter der Firma **Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft** (Swissair Société Anonyme Suisse pour la Navigation Aérienne, Swissair Società Anonima Svizzera per la Navigazione Aerea, Swissair Swiss Air Transport Company Limited) besteht mit Sitz in Zürich eine Aktiengesellschaft. Die Gesellschaft ist berechtigt, Zweigniederlassungen zu errichten.
- ² Die **Gesellschaft** bezweckt unter Wahrung der allgemeinen Interessen des Landes³
 - a) den Betrieb von Luftverkehr in der Schweiz und nach dem Ausland, bestehend im regelmässigen Transport von Personen, Waren und Post;
 - b) die Ausübung jeder mit dem Luftverkehr zusammenhängenden Tätigkeit;
 - c) die Aufnahme und den Vertrieb von Luftphotographien;
 - d) die Ausführung von Sonderflügen.
- ³ Die Gesellschaft kann alle Geschäfte tätigen, die den Gesellschaftszweck fördern können, insbesondere auch Grundstücke erwerben und sich an anderen Unternehmungen beteiligen.
- ⁴ Die Dauer der Gesellschaft ist unbeschränkt.

II. Grundkapital, Aktien

Art. 2

- ¹ Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt 448 450 800 Franken (Franken vierhundertachtundvierzig Millionen vierhundertfünzigtausend achthundert). Es ist eingeteilt in 1 281 288 voll einbezahlte Aktien von je Fr. 350 - nominell.
- ² Hiervon lauten 902 344 Aktien (Nr. 1 bis 902 344) auf den Namen und 378 944 Aktien (Nr. 5 000 001 bis 5 378 944) auf den Inhaber.
- ³ Mindestens 270 704 Namenaktien müssen im Besitze von öffentlich rechtlichen Körperschaften und Anstalten sein.
- ⁴ Nur Schweizer Bürger, Schweizerische Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes oder Firmen schweizerischen Rechtes und mit schwerem Charakter können Namenaktien erwerben.

Die Übertragung der Namenaktien erfolgt durch Indossament; sie ist der Gesellschaft zur Eintragung in das Aktienbuch anzumelden unter Vorlage der Aktien. Die Übertragung von Namenaktien, die sich in privatem Besitz befinden, bedarf der Genehmigung des Ausschusses des Verwaltungsrates, welcher sie ohne Angabe von Gründen endgültig verweigern kann. Vorbehaltlich Art. 686 Abs. 4 OR Namenaktien, die sich im Besitz von öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten befinden, können an Private nur unter Vorbehalt von Abs. 3 übertragen werden.

- a) Die Übertragung der Inhaberaktien erfolgt durch Übergabe der Aktienurkunde.
- b) Als Aktionär wird von der Gesellschaft nur anerkannt:

- a) bei Namenaktien, wer im Aktienbuch eingetragen ist
- b) bei Inhaberaktien, wer sich als Besitzer solcher Aktien ausweist
- c) Im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals ist jeder Aktionär berechtigt, einen seinem bisherigen Aktienbesitz entsprechenden Teil der neuen Aktien zu beanspruchen, soweit der Beschluss über die Kapitalerhöhung nicht etwas anderes bestimmt.

Neue Inhaberaktien dürfen nur ausgegeben werden, soweit die Gesamtzahl der Inhaberaktien ein Drittel aller Aktien nicht übersteigt.

- a) Der Verwaltungsrat kann die Ausgabe von Flugbons an Namenaktionäre untersagen. Die Bedingungen ihrer Verwendung werden vom Verwaltungsrat festgelegt. Ein Anspruch auf Ausgabe von Flugbons besteht nicht.

Die Gesellschaft übernahm von der Ad Astra Aero Schweiz Luftverkehrs AG Zürich laut Fusionsvertrag vom 17. März 1931 und Bilanz vom 31. Dezember 1930 Aktien im Betrage von Fr. 514.562,70 und Passiven im Betrage von Fr. 214.562,70. Der Übernahmepreis betrug demnach Fr. 300.000,00. Er wurde entrichtet durch Übergabe von 600 vollbezahlten Namenaktien von je Fr. 500,- der vereinigten Gesellschaft an das in § 6 des Fusionsvertrages genannte Konsortium.

III. Obligationen

Art. 3

- a) Die Gesellschaft ist ermächtigt, Obligationen auf den Namen oder auf den Inhaber lautend auszugeben.
- b) Der Verwaltungsrat beschliesst die Ausgabe der Obligationen und setzt deren Bedingungen und Modalitäten fest.

IV. Organe der Gesellschaft

Art. 4

Die Organe der Gesellschaft sind:

- a) die Generalversammlung der Aktionäre
- b) der Verwaltungsrat und der Verwaltungsratsausschuss
- c) die Kontrollstelle

a) Die Generalversammlung

Art. 5

- a) Die ordentliche Generalversammlung findet jährlich einmal, spätestens innerhalb sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres, an dem vom Verwaltungsrat bezeichneten Ort statt.
- b) Mindestens zehn Tage vorher sind Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung sowie der Geschäftsbericht mit den Anträgen auf Verwendung des Reingewinnes samt dem Bericht der Kontrollstelle des letzten allfälligen Traktanden erwähnt werden. Das Begehren muss spätestens bis Ende des der Versammlung vorangehenden Geschäftsjahres schriftlich beim Verwaltungsrat eingehen. Gesetzes- oder statutenwidrige Anträge hat der Verwaltungsrat indessen nicht zur Verhandlung zu bringen.
- c) Ausserordentliche Generalversammlungen finden statt:

1. auf Beschluss einer Generalversammlung oder des Verwaltungsrates oder auf Begehren der Kontrollstelle
2. auf Begehren eines oder mehrerer Aktionäre, die zusammen mindestens den zehnten Teil des Grundkapitals vertreten und sollen diese schriftlich unter Angabe der Verhandlungsgegenstände die Einberufung beim Verwaltungsrat beantragen.

Art. 6

Die Einladung zur Generalversammlung erfolgt durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in allfälligen anderen vom Verwaltungsrat bezeichneten Zeitungen. Die im Aktienbuch eingetragenen Namenaktionäre werden ausserdem durch gewöhnlichen Brief eingeladen. Die Einladung muss mindestens zehn Tage vor dem Versammlungstermin erfolgen und die Verhandlungsgegenstände angeben.

Abgesehen von gesetzlichen oder handelsrechtlichen Vertretern können an der Generalversammlung nur schriftlich bevollmächtigte Aktionäre als Stellvertreter von Aktionären teilnehmen. Ein Namenaktionär kann nur durch einen andern im Aktienbuch eingetragenen Namenaktionär vertreten werden. Vorbehalten bleibt Art. 689, Abs. 4 OR.

Art. 8

Der Präsident des Verwaltungsrates oder einer seiner Stellvertreter leitet die Generalversammlung; er ernimmt den Protokollführer und den oder die Stimmzähler. Das Protokoll der Versammlung ist durch den Vorsitzenden, den Protokollführer und die Stimmzähler zu unterzeichnen.

Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung der Gesellschaft mitgewirkt haben, sind von der Beschlussfassung über Erteilung oder Verweigerung der Entlastung an die Verwaltung ausgeschlossen.

Art. 9

Die ordnungsgemäss einberufene Generalversammlung ist vorbehaltlich Abs. 3 beschlussfähig ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden oder vertretenen Aktionäre.

Sollten nicht mit Kopfmehr geheime Abstimmung beschlossen wird, erfolgen alle Beschlüsse und Wahlen der Generalversammlung offen. Es entscheidet das relative Mehr, soweit nicht das Gesetz zwingend oder die Statuten etwas anderes bestimmen. Bei Stimmengleichheit entscheidet der Vorsitzende im Falle von Wahlen jedoch das Los.

Beschlüsse über die in Art. 649 Abs. 1 655 und 658 OR erwähnten Gegenstände sowie über die Auflösung der Gesellschaft und die Herabsetzung des Grundkapitals können nur in einer Generalversammlung gefasst werden, in welcher mindestens zwei Drittel der gesamten Aktien vertreten sind. Sind in einer ersten Generalversammlung nicht zwei Drittel der Aktien vertreten, so hat anschließend, spätestens innert vierzehn Tagen, eine zweite Generalversammlung stattzufinden, die beschlussfähig ist, auch wenn nur ein Drittel sämtlicher Aktien vertreten ist.

Statutenänderungen, die Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals, die Auflösung der Gesellschaft und die Fusion mit einer anderen Gesellschaft können nur mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Aktienstimmten beschlossen werden. Vorbehalten bleiben Art. 636, 648 und 650 OR.

Art. 10

Jede Aktie ist berechtigt zu einer Stimme. Niemand kann mehr als den fünften Teil aller in der Generalversammlung vertretenen Stimmrechte auf sich vereinigen.

In die Kompetenz der Generalversammlung fallen:

1. Abnahme und Genehmigung des Jahresberichtes des Verwaltungsrates sowie der Jahresrechnung; Entgegennahme des Berichtes der Kontrollstelle.
2. Beschlussfassung über das Jahresergebnis und dessen Verwendung.
3. Wahl und Abberufung der durch die Generalversammlung zu bestimmenden Mitglieder des Verwaltungsrates, der Kontrollstelle und der Liquidatoren.
4. Entlastung des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle.
5. Beschlussfassung über Anträge des Verwaltungsrates, der Kontrollstelle und der Aktionäre.
6. Beschlussfassung über Änderungen der Statuten, Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals, Fusion mit anderen Gesellschaften, Auflösung und Liquidation der Gesellschaft.

b) Der Verwaltungsrat und der Verwaltungsratsausschuss

Art. 12

Der Verwaltungsrat besteht aus höchstens dreissig Mitgliedern. Vermin- dert sich infolge Ausscheidens von Mitgliedern die Gesamtzahl auf weniger als zwanzig, so hat die nächste Generalversammlung entsprechende Ersatz- wahlen vorzunehmen.

Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen Schweizer Bürger sein. Sie werden, mit Ausnahme der Vertreter der öffentlich-rechtlichen Körperschaf- ten durch die Generalversammlung aus den Kreisen der andern Aktionäre auf drei Jahre gewählt und sind nachher wieder wählbar. Die von der General- versammlung gewählten Mitglieder haben beim Amtsantritt zehn Aktien der Ge- sellschaft bei der vom Verwaltungsrat bestimmten Stelle zu hinterlegen. Ne- menaktien sind blanko indossiert zu hinterlegen.

Die Gesellschaft räumt den öffentlich-rechtlichen Körperschaften in An- wendung von Art. 762 OR das Recht ein, zehn Vertreter in den Verwaltungs- rat abzuordnen. Davon stellen der Bund, unter Einschluss der PTT-Verwaltung und der Bundesbahnen, mindestens vier Vertreter und die Kantone Basel, Genf und Zürich je einen Vertreter. Die Verteilung der übrigen Vertretungen aus der Reihe der am Aktienkapital beteiligten öffentlich-rechtlichen Körper- schaften erfolgt durch das Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschafts- departement.

Art. 13

1. Der Verwaltungsrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und einen oder zwei Stellvertreter; er bezeichnet einen Protokollführer, der nicht Mitglied des Verwaltungsrates sein muss.
 2. Der Verwaltungsrat versammelt sich auf Einladung des Vorsitzenden, so oft es die Geschäfte erfordern, sowie auf schriftliches Verlangen eines Mitgliedes. Über seine Verhandlungen wird Protokoll geführt, das vom Vorsitzenden und vom Protokollführer zu unterzeichnen ist.
 3. Beschlüsse können auch auf dem Zirkulärwege (eventuell telegraphisch) gefasst werden, sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt. Solche Beschlüsse sind in das Protokoll des Verwaltungsrates aufzunehmen.
 4. Ein Mitglied des Verwaltungsrates kann sich in einer Sitzung durch ein anderes Mitglied kraft einer für diese Sitzung gegebenen schriftlichen oder telegraphischen Vollmacht vertreten lassen. Jedoch kann kein Mitglied des Verwaltungsrates mehr als eine Stellvertretung in einer Sitzung ausüben.
- Der Verwaltungsrat ist beschlussfähig, wenn die Mehrheit seiner Mitglieder anwesend oder vertreten ist. Er lässt seine Beschlüsse mit relativem Mehr bei Stimmgleichheit entscheidet der Vorsitzende.

Art. 14

1. Dem Verwaltungsrat steht die Besorgung aller Geschäfte der Gesellschaft zu, soweit sie nicht in die Kompetenz der Generalversammlung oder eines anderen Geschäftsorgans fallen. Er bezeichnet die Personen, welche die rechtsverbindliche Unterschrift für die Gesellschaft führen, und bestimmt die Art der Zeichnung für die Gesellschaft. Er kann einen Teil seiner Befugnisse an den in Abs. 2 erwähnten Ausschuss, an eines oder mehrere seiner Mitglieder oder an Dritte, die nicht Aktionäre sein müssen, übertragen.
2. Der Verwaltungsrat wählt für die Überwachung und Besorgung der laufenden Geschäfte aus seiner Mitte einen Ausschuss von höchstens sieben Mitgliedern, dessen Befugnisse und Entscheidungen durch ein vom Verwaltungsrat zu erlassendes Reglement geordnet werden. Im Ausschuss ist den öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten eine angemessene Vertretung einzuräumen.
3. Die Mitglieder des Verwaltungsrates erhalten für ihre Teilnahme an den Beratungen des Verwaltungsrates eine Entschädigung, deren Gesamtbetrag die Generalversammlung bestimmt. Mitglieder, die nicht am Orte der Sitzung wohnen, erhalten ferner Vergütung ihrer Reisekosten. Ausserdem ist der Verwaltungsrat befugt, seine Mitglieder für besondere Bemühungen zu Lasten der Generalunkosten angemessen zu entschädigen.
4. Tantämen werden nicht ausgerichtet.

8

9

c) Die Kontrollstelle

Art. 15

1. Die Generalversammlung wählt jedes Jahr drei Revisoren, wovon einer Vertreter der öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten sein soll und einen Ersatzmann zur Prüfung der Jahresrechnung und schriftlichen Berichterstattung an die nächste ordentliche Generalversammlung im Sinne von Art. 728 ff. OR; diese müssen nicht Aktionäre, jedoch Schweizer Bürger sein.
2. Als Kontrollstelle kann auch eine schweizerische Treuhandgesellschaft oder ein schweizerischer Revisionsverband bezeichnet werden.
3. Die Kontrollstelle ist gehalten, der ordentlichen Generalversammlung beizuwohnen.
4. Ihre Honorierung wird vom Verwaltungsrat festgesetzt.

V. Jahresrechnung und Gewinn-Verteilung

Art. 16

1. Alljährlich auf den 31. Dezember sind Inventar und Bilanz gemäss den Grundsätzen der Art. 662 ff. OR aufzustellen.
2. Auf dem Flugzeugpark und dem Reservematerial müssen die jährlichen Abschreibungen mindestens so viel betragen, dass die vollständige Abschreibung der Flugzeuge und deren Bestandteile einschliesslich des Reservematerials in ungefähr gleichen Raten bis zum Ende der vorsichtig berechneten Einsatzmöglichkeiten sichergestellt ist. Der Verwaltungsrat setzt alljährlich den Abschreibungsplan fest.
3. Auf den maschinellen Einrichtungen, Werkzeugen usw. beträgt der jährliche Abschreibungssatz mindestens 10 Prozent des Anschaffungswertes.

Art. 17

1. Der nach Abzug aller Unkosten, Rückstellungen, Abschreibungen und Passivzinsen verbleibende Reingewinn wird wie folgt verwendet:
 1. 10 Prozent werden dem allgemeinen Reservefonds zugewiesen, bis dieser 50 Prozent des Aktienkapitals beträgt.
 2. Sodann wird eine ordentliche Dividende bis zu 5 Prozent auf das Aktienkapital ausbezahlt.

3. Der alsdann verbleibende Rest des Ranggewinns steht zur Verfügung der Generalversammlung, welche ihn, soweit er nicht auf neue Rechnung vorgetragen wird, zur Auszahlung einer zusätzlichen Dividende, für weitere Abschreibungen und Rückstellungen oder zur Auflösung von Spezialreserven verwenden kann. Vorbehalten bleibt die Verpflichtung zur Dotierung des allgemeinen Reservefonds mit dem in Art. 871 OR zwingend vorgeschriebenen Minimalbetrag.

Der allgemeine Reservefonds darf, soweit er die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten oder zu Massnahmen verwendet werden, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit zu steuern oder deren Folgen zu mildern; über andere bilanziell offen ausgewiesene Reserven verfügt die Generalversammlung auf Vorschlag des Verwaltungsrates.

VI. Auflösung und Liquidation

Art. 18

Im Fall der Auflösung der Gesellschaft, welche die Generalversammlung jederzeit beschliessen kann, sind von ihr ein oder mehrere Liquidatoren zu ernennen, welche die Liquidation nach den Vorschriften des Schweizerischen Obligationenrechtes besorgen.

VII. Bekanntmachungen

Art. 19

Publikationsorgane für die Bekanntmachungen der Gesellschaft und für vorgeschriebene Mitteilungen an die Aktionäre sind das «Schweizerische Handelsamtsblatt» sowie vom Verwaltungsrat bezeichnete Zeitungen. Mitteilungen an Namenaktionäre erfolgen ausserdem durch gewöhnlichen Brief; vorbehalten bleibt Art. 882, Abs. 2, OR.

VERWALTUNGSREGLEMENT

Fassung vom 28. April 1978

	Seite
A. Verwaltungsrat	3
B. Ausschuss des Verwaltungsrates	9
C. Verwaltungsratspräsident	12
D. Direktion	13

A. Verwaltungsrat

Anhang V

Art. 1

Der Verwaltungsrat wählt jedes Jahr in der konstituierenden Sitzung aus seiner Mitte einen Präsidenten und zwei Vizepräsidenten.

Der Verwaltungsrat bezeichnet einen Protokollführer sowie einen oder mehrere Stellvertreter, die nicht Mitglieder des Verwaltungsrates sein müssen.

Art. 2

Der Verwaltungsrat versammelt sich auf Einladung des Präsidenten, so oft es die Geschäfte erfordern, sowie auf schriftliches Verlangen eines Mitgliedes, in der Regel einmal vierteljährlich.

Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind wenigstens zehn Tage vor den Sitzungen schriftlich einzuladen. In Fällen, welche der Präsident als dringlich erachtet, können Sitzungen auch auf eine kürzere Frist einberufen werden.

Zu den Sitzungen des Verwaltungsrates werden der Direktionspräsident und nach Bedarf weitere Mitglieder der Direktion zugezogen

Art. 3

Der Präsident setzt die Traktandenliste für die Sitzungen fest. Sie ist dem Einladungsschreiben beizufügen oder unter Umständen sofort nachzusenden

Geschäfte, die ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Behandlung zu bringen wünscht, sind wenigstens sieben Tage vor der Sitzung beim Präsidenten schriftlich anzumelden. Sie sind auf die Traktandenliste zu setzen.

Andere neue Verhandlungsgegenstände dürfen nach Abgang der Traktandenliste nur noch aufgenommen werden, wenn sich die Veranlassung zu ihrer Behandlung erst nachträglich ergeben hat.

Alle Ergänzungen der Traktandenliste sind den Mitgliedern des Verwaltungsrates sofort zur Kenntnis zu bringen.

Art. 4

Ein Mitglied des Verwaltungsrates kann sich in einer Sitzung durch ein anderes Mitglied vertreten lassen, jedoch kann kein Mitglied des Verwaltungsrates mehr als eine Stellvertretung in einer Sitzung ausüben. Die Vertretungsvollmacht ist schriftlich oder telegrafisch zu erteilen; telefonisch erteilte Vollmachten sind schriftlich zu bestätigen. Der Verwaltungsrat ist beschlussfähig, wenn die Mehrheit seiner Mitglieder anwesend oder vertreten ist. Er fasst seine Beschlüsse mit einfachem Mehr. Der Präsident stimmt mit; bei Stimmengleichheit hat er den Stichentscheid.

Art. 5

Über Gegenstände dringlicher Natur kann ausnahmsweise auch dann Beschluss gefasst werden, wenn ihre Behandlung erst in der Sitzung des Verwaltungsrates selbst angeregt wird.

Art. 6

Ausnahmsweise können Beschlüsse auch auf dem Zirkularwege (eventuell telegrafisch) gefasst werden, sofern kein Mitglied die mündliche Beratung verlangt. Wird ein solches Verlangen gestellt, so fällt die schriftliche Beschlussfassung dahin.

Bei Beschlüssen auf dem Zirkularwege sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates um ihr Votum zu ersuchen. Solche Beschlüsse werden mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der angegebenen Stimmen gefasst und sind in der Protokoll der nächsten Sitzung des Verwaltungsrates aufzunehmen.

Art. 7

Die Verhandlungen des Verwaltungsrates haben vertraulichen Charakter. Es wird darüber Protokoll geführt. Dieses soll alle Verhandlungsgegenstände, alle zur Abstimmung gelangenden schriftlichen Anträge (Vorlagen) und mündlichen Anträge anführen, sowie die gefassten Beschlüsse enthalten. Es ist vom Vorsitzenden und vom Protokollführer zu unterzeichnen.

Jedem Mitglied des Verwaltungsrates wird ein Exemplar des Protokolls nach Ausfertigung zugestellt. Das Protokoll ist in der nächsten Sitzung zur Genehmigung vorzulegen.

Kein Mitglied des Verwaltungsrates ist berechtigt, gegen gefasste Beschlüsse Verwahrung einzulegen. Dagegen besteht ein Anspruch darauf, dass abweichende Stimmen namentlich im Protokoll vermerkt werden.

Art. 8

Der Verwaltungsrat ist befugt, über alle Angelegenheiten Beschluss zu fassen, die nicht in der Kompetenz der Generalversammlung oder der Kontrollstelle fallen.

Der Verwaltungsrat hat die oberste Leitung der Gesellschaft inne. Er beaufsichtigt und kontrolliert die Geschäftsführung. Es obliegt ihm insbesondere:

1. die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen,
2. die für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Reglemente aufzustellen und der Direktion die notwendigen Weisungen zu erteilen,
3. die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten im Hinblick auf die Beachtung der Vorschriften der Gesetze, Statuten und allfälligen Reglemente zu überwachen und sich über den Geschäftsgang regelmässig unterrichten zu lassen.

Art. 9

Der Verwaltungsrat kann nach Art. 14 der Statuten einen Teil seiner Befugnisse an eines oder mehrere seiner Mitglieder oder an Dritte, die nicht Aktionäre sein müssen, übertragen.

Er wählt insbesondere für die ständige Überwachung und Besorgung der laufenden Geschäfte aus seiner Mitte einen Ausschluss, dessen Kompetenzen und Pflichten in diesem Reglement festgelegt sind.

Art. 10

Dem Verwaltungsrat bleiben insbesondere die nachstehenden Befugnisse vorbehalten:

1. a) Prüfung und Genehmigung des Budgets.
b) Antragstellung an die Generalversammlung über den Geschäftsbericht, die Erfolgsrechnung, die Bilanz und die Verwendung des Reingewinnes.
- c) Festsetzung der Tagesordnung der Generalversammlung.

2. Finanzkompetenzen:

- a) Entscheid über Rahmenkredite von mehr als 5'000'000 Franken.
In der Form von Rahmenkrediten werden Investitionsvorhaben bewilligt, die über mehrere Jahre hinweg verknüpft werden und mehrere Anlagearten umfassen. Mit der Bewilligung von Rahmenkrediten kann die Ermächtigung zur Liquidation von Anlage-Gegenständen verbunden sein; ausgenommen sind Grundstücke.
- b) Entscheid über Projektkredite von mehr als 5'000'000 Franken.
In der Form von Projektkrediten wird die Durchführung bestimmter Vorhaben, insbesondere der Automatisierung unter Verwertung der elektronischen Datenverarbeitung, bewilligt, die sich über mehrere Jahre erstrecken und sowohl laufende Kosten als auch die Beschaffung von Anlage-Gegenständen umfassen. Mit der Bewilligung von Projektkrediten kann die Ermächtigung zur Liquidation von Anlage-Gegenständen verbunden sein; ausgenommen sind Grundstücke.
- c) Entscheid über Anschaffung und Verkauf einzelner Anlage-Gegenstände, über die Erstellung von Bauten und über die Durchführung von Modifikationen an Flugzeugen, wenn das Vorhaben nicht in einem bewilligten Rahmen- oder Projektkredit enthalten ist und der Preis bzw. die Kostensumme zum Anschaffungswert im einzelnen Fall 5'000'000 Franken übersteigt.
- d) Entscheid in Angelegenheiten, die nicht zum laufenden Geschäftsbetrieb gehören, insbesondere über die Beteiligung an anderen Unternehmen und die Schaffung von Tochtergesellschaften, im Betrag von mehr als 2'000'000 Franken im einzelnen Fall.
- e) Entscheid über die Einreichung von Klagen und den Abschluss von Vergleichen, wenn der Streitwert im einzelnen Fall 2'000'000 Franken übersteigt. Vorbehalten bleibt gemäss Art. 23 die Zuständigkeit des Direktorspräsidenten für den Abschluss von Vergleichen in allen Prozessen über haftpflichtversicherte Ansprüche gegen die Swissair.
- f) Beschlussfassung über die Ausgabe von Obligationen sowie Festsetzung ihrer Bedingungen und Modalitäten.
3. Entscheid über Vereinbarungen und Eingaben, die für das Verhältnis zwischen Swissair und Staat von grundsätzlicher Bedeutung sind.

4. Aufstellung allgemeiner Richtlinien betreffend Geschäftsführung und Geschäftspolitik; Entscheid über die Aufnahme neuer interkontinentaler Linien.
5. Entscheid über die Schaffung neuer Vorsorgeeinrichtungen für das Personal und über grundlegende Änderungen im System der bestehenden Vorsorgeeinrichtungen.

6. a) Ernennung und Entlassung des Direktorspräsidenten und der weiteren Mitglieder der Direktion. Der Verwaltungsrat kann den Direktorspräsidenten sowie weitere Mitglieder der Direktion aus seiner Mitte ernennen (Delegierte).

- b) Genehmigung grundsätzlicher Änderungen der Organisation auf der Stufe der Direktion.

- c) Regelung der Zeichnungsbezüge der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Direktion.

7. Bezeichnung der Publikationsorgane der Gesellschaft.

8. Beschlussfassung über die Einberufung ausserordentlicher Generalversammlungen.

- Art. 11

- Der Verwaltungsrat beauftragt der Generalversammlung die Höhe des Gesamtbetrages der Entschädigungen der Mitglieder des Verwaltungsrates für deren Teilnahme an den Beratungen des Verwaltungsrates (Art. 14, Abs. 3, Satz 1 der Statuten).

- Der Verwaltungsrat setzt für besondere Bemühungen seiner Mitglieder, im besonderen für den Präsidenten, für die Vizepräsidenten, für die übrigen Mitglieder des Ausschusses und für die Mitglieder spezieller Kommissionen angemessene Entschädigungen fest. Der Aufwand hierfür geht zu Lasten der Generalkosten (Art. 14, Abs. 3, Satz 3 der Statuten).

- Art. 12

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 13

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 14

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 15

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 16

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 17

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 18

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 19

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

- Art. 20

- Der Verwaltungsrat bezeichnet jedes Jahr in der konstituierten Sitzung eine Delegation für Finanzkontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

Die Delegation für Finanzkontrolle überzeugt sich durch Stichproben von der Angemessenheit der Bewertung der Aktiven. Sie ist befugt, sich von der Direktion über jede Position der Bilanz sowie der E-folgerrechnung näheren Aufschluss erteilen zu lassen. Sie überprüft die Pläne zur Finanzierung der künftigen Tätigkeit der Gesellschaft. Eine Verantwortung für die Bewertung des Inventars ist mit der Durchführung der Kontrolle nicht verbunden.

Die Delegation für Finanzkontrolle kann amtierenden, wenn mindestens zwei Mitglieder anwesend sind. Sie hat dem Präsidenten zu Handen des Verwaltungsrates einen kurzen schriftlichen Bericht über ihre Wahrnehmungen zu erstatten.

Art. 13

Der Verwaltungsrat bezeichnet überdies jedes Jahr in der konstituierenden Sitzung eine Delegation für Organisations- und Betriebskontrolle, bestehend aus dreien seiner Mitglieder und einem Ersatzmann. Der Verwaltungsrat nimmt alljährlich eine Ergänzungswahl vor, indem ein Mitglied ausscheidet und der Ersatzmann als Mitglied nachrückt.

Die Delegation für Organisations- und Betriebskontrolle nimmt durch persönliche Fühlungnahme mit der Direktion sowie durch Beschichtigungen Einblick in das Funktionieren des Betriebes und bildet sich ein Urteil darüber, ob bestimmte Zweige des Betriebes auch den künftigen Anforderungen genügen. Sie ist befugt, sämtliche betrieblichen und organisatorischen Weisungen zu prüfen, und verfolgt die Personalpolitik des Unternehmens.

Die Delegation für Organisations- und Betriebskontrolle kann amtierenden, wenn mindestens zwei Mitglieder anwesend sind. Sie hat dem Präsidenten zu Handen des Verwaltungsrates einen kurzen schriftlichen Bericht über ihre Wahrnehmungen zu erstatten.

Art. 14

Ein gemäss Art. 12, Abs. 2 der Statuten von der Generalversammlung gewähltes Mitglied des Verwaltungsrates darf nach dem Jahr, in das die Vollendung seines 69. Altersjahres fällt, eine Wiederwahl für eine dreijährige Amtsperiode nicht mehr annehmen.

B. Ausschuss des Verwaltungsrates

Art. 15

Der Ausschuss des Verwaltungsrates besteht aus höchstens sieben Mitgliedern. Der Präsident, die beiden Vizepräsidenten sowie allfällige Delegierte des Verwaltungsrates gehören dem Ausschuss von Amtes wegen an. Der Verwaltungsrat wählt die weiteren Mitglieder jedes Jahr in der konstituierenden Sitzung.

Den Vorsitz des Ausschusses führt der Präsident des Verwaltungsrates. Zu den Sitzungen des Ausschusses werden der Direktionspräsident und nach Bedarf weitere Mitglieder der Direktion zugezogen.

Für die Protokollführung in den Sitzungen des Ausschusses gelten die gleichen Bestimmungen wie für die Protokollführung in den Sitzungen des Verwaltungsrates. Nach der Genehmigung durch den Ausschuss ist das Protokoll jeweils auch den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrates zuzustellen.

Art. 16

Der Ausschuss versammelt sich auf Einladung des Präsidenten, so oft dies notwendig erscheint, oder wenn eine Sitzung von seiten eines Mitgliedes des Ausschusses beantragt wird, in der Regel ein Mal pro Monat.

Art. 17

Der Ausschuss ist beschlussfähig, wenn die Mehrheit seiner Mitglieder anwesend ist. Er fasst seine Beschlüsse mit einfachem Mehr. Der Präsident stimmt mit, bei Stimmengleichheit hat er den Stichentscheid.

Art. 18

Der Ausschuss überwacht die Einhaltung der vom Verwaltungsrat aufgestellten allgemeinen Richtlinien betreffend Geschäftsführung und Geschäftspolitik. Er hat den Geschäftsgang zu beaufsichtigen, die dem Verwaltungsrat zu unterbreitenden Geschäfte vorzubereiten, diesem über alle wichtigeren Fragen Bericht zu erstatten und die Ausführung der Beschlüsse des Verwaltungsrates zu überwachen. Ihm sind nachstehende Befugnisse übertragen:

1. Prüfung der in Art. 10, Ziff. 1 erwähnten Gegenstände und Antrag an den Verwaltungsrat.
2. Finanzkompetenzen:
 - a) Entscheid über Rahmenkredite (im Sinne von Art. 10, Ziff. 2, lit. a), die 2'000'000 Franken, nicht aber 5'000'000 Franken übersteigen.
 - b) Entscheid über Projektkredite (im Sinne von Art. 10, Ziff. 2, lit. b), die 2'000'000 Franken, nicht aber 5'000'000 Franken übersteigen.
 - c) Entscheid über Anschaffung und Verkauf einzelner Anlage-Gegenstände, über die Erstellung von Bauten und über die Durchführung von Modifikationen an Flugzeugen, wenn das Vorhaben nicht in einem bewilligten Rahmen- oder Projektkredit enthalten ist und der Preis bzw. die Kostensumme zum Anschaffungswert im einzelnen Fall 2'000'000 Franken, nicht aber 5'000'000 Franken übersteigt.
 - d) Entscheid in Angelegenheiten, die nicht zum laufenden Geschäftsbetrieb gehören, insbesondere über die Beteiligung an andern Unternehmen und die Schaffung von Tochtergesellschaften, im Betrag von mehr als 500'000 Franken, aber nicht mehr als 2'000'000 Franken im einzelnen Fall.
 - e) Entscheid über die Einreichung von Klagen und den Abschluss von Vergleichen, wenn der Streitwert im einzelnen Fall 500'000 Franken, aber nicht 2'000'000 Franken übersteigt. Vorbehalten bleibt gemäss Art. 23 die Zuständigkeit des Direktorspräsidenten für den Abschluss von Vergleichen in allen Prozessen über haftpflichtversicherte Ansprüche gegen die Swissair.
 3. Entscheid über wesentliche Änderungen im Liniennetz. Vorbehalten bleibt Art. 10, Ziff. 4.
 4. Entscheid über grundlegende Verträge mit Flugplatzhaltern sowie über wichtige Mietverträge von mindestens einjähriger Dauer.
 5. Genehmigung der Grundsätze über die Personen- und Materialversicherung.
- Genehmigung der Grundsätze über Kapitalanlagen.
6. Anstellung, Festsetzung des Gehalts und Entlassung leitender Mitarbeiter, deren Gehalt einen vom Ausschuss festgelegten

- Minimalbetrag übersteigt. Festsetzung der Beträge für Gratifikationen an Direktion und Personal.
7. Erteilung der Zeichnungsbefugnisse, soweit sie nicht dem Verwaltungsrat vorbehalten ist. Der Ausschuss kann diese Kompetenz teilweise an den Direktionspräsidenten delegieren.
8. Genehmigung der kollektiven Arbeitsverträge. Entscheid über grössere Anpassungen bei Sozialeinrichtungen, unter Vorbehalt von Art. 10, Ziff. 5.
9. Genehmigung des Reglementes über das Budget, die Kredite und das Visum von Belegen.
10. Genehmigung der Übertragung von Namenaktien gemäss Art. 2 der Statuten, sowie Überwachung der Führung des Aktienbuches.
11. Überwachung der Geschäftsführung von Tochtergesellschaften der Swissair.

C. Verwaltungsratspräsident

Art. 19

Der Verwaltungsratspräsident übt die lautende Aufsicht über die Tätigkeit der Direktion aus. In dringenden Fällen kann er Geschäfte, die in die Kompetenz des Ausschusses fallen, durch Präsidialentscheid erledigen.

Vom Präsidialentscheid ist den Mitgliedern des Ausschusses ohne Verzug schriftlich Mitteilung zu machen.

D. Direktion

Art. 20

Die Direktion besteht aus dem Direktionspräsidenten und vom Verwaltungsrat ernannten weiteren Mitgliedern im Range von Generaldirektoren und Direktoren. Der Direktionspräsident setzt die Aufgabenverteilung innerhalb der Direktion selber fest, unter Vorbehalt von Art. 10, Ziff. 6, lit b).

Art. 21

Der Direktionspräsident ist verantwortlich für die finanzielle, kommerzielle und technische Geschäftsführung der Gesellschaft, soweit diese nicht in die Kompetenz des Verwaltungsrates oder des Ausschusses fällt.

Er führt die Geschäfte nach den Beschlüssen des Verwaltungsrates resp. den Richtlinien des Ausschusses und den Weisungen des Verwaltungsratspräsidenten, dem er laufend über alle ausserordentlichen Geschäftsvorfälle zu berichten hat.

Er überträgt nach eigenem Ermessen gewisse Aufgaben zur selbständigen Erledigung an seinen Stellvertreter.

Art. 22

Der Aufgabenbereich des Direktionspräsidenten umfasst folgende Hauptgebiete:

1. Erforschung der technischen und marktmässigen Gegebenheiten und Möglichkeiten für die bestmögliche Erfüllung der Geschäftsziele.
2. Planen und Beantragen von Massnahmen zur Erzielung eines optimalen Geschäftsbetriebes und einer optimalen Entwicklung der Gesellschaft.
3. Koordination des geeigneten Einsatzes von Personal und Kapital zur Erreichung der gesteckten Ziele.
4. Kontrolle über die Geschäftsentwicklung und die Erreichung der gesteckten Ziele, sowie über die Zweckmässigkeit der Geschäftsmethoden und die Leistungsfähigkeit des Personals.

Art. 23

Insbesondere fallen in den Aufgaben- und Kompetenzbereich des Direktionspräsidenten:

1. Berichterstattung an den Verwaltungsrat und den Ausschuss über die Geschäftsentwicklung, Erstellen des Geschäftsberichts, der Erfolgsrechnung, der Bilanz und des Inventars.

2. Finanzkompetenzen:

a) Entscheid über Rahmenkredite (im Sinne von Art. 10, Ziff. 2, lit. a), die 2'000'000 Franken nicht übersteigen.

b) Entscheid über Projektkredite (im Sinne von Art. 10, Ziff. 2, lit. b), die 2'000'000 Franken nicht übersteigen.

c) Entscheid über Anschaffung und Verkauf einzelner Anlagegegenstände, über die Erstellung von Bauten und über die Durchführung von Modifikationen an Flugzeugen, wenn das Vorhaben nicht in einem bewilligten Rahmen- oder Projektkredit enthalten ist und der Preis bzw. die Kostensumme zum Anschaffungswert im einzelnen Fall 2'000'000 Franken nicht übersteigt.

d) Entscheid in Angelegenheiten, die nicht zum laufenden Geschäftsbetrieb gehören, insbesondere über Beteiligung an anderen Unternehmungen und die Schaffung von Tochtergesellschaften, im Betrag von nicht mehr als 500'000 Franken im einzelnen Fall.

e) Entscheid über die Einreichung von Klagen und den Abschluss von Vergleich, wenn der Streitwert im einzelnen Fall 500'000 Franken nicht übersteigt, sowie über den Abschluss von Vergleich in allen Prozessen über haftpflichtversicherte Ansprüche gegen die Swissair.

3. Aufstellung des jährlichen Budgets.

4. Erreichen der im Rahmen des Budgets genehmigten Ziele.

5. Festlegung der Organisation im einzelnen, unter Vorbehalt von Art. 10, Ziff. 6, lit. b).

6. Erteilung von Zeichnungsbefugnissen, soweit vom Ausschuss an den Direktionspräsidenten delegiert.

7. Vorbereitung und Antragsstellung an den Ausschuss und den Verwaltungsrat in Geschäften, die den Kompetenzbereich des Direktionspräsidenten überschreiten.

Art. 24

Die Mitglieder der Direktion haben ihre ganze Zeit und Arbeitskraft der Gesellschaft zu widmen. Ohne Genehmigung des Ausschusses ist es ihnen nicht gestattet, öffentliche Funktionen zu bekleiden, Verwaltungsmandate zu übernehmen oder andere Geschäfte auf eigene oder fremde Rechnung zu tätigen.

Die Mitglieder der Direktion und ihre Mitarbeiter haben über die Geschäftsvorgänge Diskretion zu wahren.

DIE OBERSTEN GRUNDSÄTZE DER SWISSAIR

Anhang VI

1

NATIONALE VERPFLICHTUNG

Die Swissair erfüllt als nationale schweizerische Luftverkehrsgesellschaft eine wichtige Aufgabe im allgemeinen Landesinteresse. Sie leistet ihrem Wesen nach einen öffentlichen Dienst und arbeitet mit den zuständigen Behörden eng zusammen.

Die Flugzeuge der Swissair tragen das Hoheitszeichen der Schweiz in die Welt hinaus; dies verpflichtet Leitung und Personal, den guten Ruf, den unser Land in der Welt genießt, durch unsere Tätigkeit und unser Verhalten zu festigen und zu fördern.

2

WELTWEITES TÄTIGKEITSFELD

In Übereinstimmung mit den politischen und wirtschaftlichen Aussenbeziehungen der Schweiz muss auch die Tätigkeit der Swissair weltweit sein.

Es ist uns ein Anliegen, allen Ländern, die durch unser von der Schweiz ausstrahlendes Verkehrsnetz berührt werden, nach bestem Können zu dienen und sie der Schweiz näher zu bringen.

3

SELBSTERHALTUNG

Wir verfolgen mit aller Entschlossenheit das Ziel der wirtschaftlichen Selbsterhaltung unseres Unternehmens: das bedeutet, dass wir aus dem eigenen Ertrag die Betriebskosten decken, unsere Anlagen abschreiben, die notwendigen Reserven anlegen und das uns anvertraute Kapital angemessen verzinsen. Dem Ziel der Selbsterhaltung dient auch unsere massvolle Betätigung in Sparten, die mit dem Luftverkehr nicht unmittelbar verbunden sind.

4

UNSERE LEISTUNG IM WETTBEWERB

Wir bekennen uns zum Grundsatz eines fairen, freien Leistungswettbewerbes und sind überzeugt, dass sich die Swissair darin behaupten wird, wenn sie

- die bestmögliche Flugsicherheit gewährleistet;
- ihre Dienste pünktlich erbringt;
- dynamisch sich den Marktbedürfnissen anpasst;
- über eine moderne Flotte verfügt;
- ihren Kunden an Bord der Flugzeuge wie auch am Boden einen vorzüglichen Service bietet, wie er der Tradition schweizerischer Gastfreundschaft entspricht;
- unter Wahrung ihrer Identität bewusst die Zusammenarbeit mit anderen Luftverkehrsgesellschaften pflegt.

5

PERSONALPOLITIK

Die hohen Anforderungen, die wir an die Leistungen unseres Personals stellen, verpflichten uns zu guten und fortschrittlichen Arbeitsbedingungen. Auch wenn wir vor allem die Gegebenheiten der schweizerischen Volkswirtschaft zu berücksichtigen haben, müssen wir doch ebenfalls den Verhältnissen im Ausland Rechnung tragen.

Unsere leitenden Mitarbeiter, unsere Flugkapitäne, die Chefs unserer Ausvertretungen und unsere qualifizierten Spezialisten tragen erhöhte Verantwortung, die wir anerkennen. Wir zählen darauf, dass sie ihre besondere Stellung durch eine entsprechende Leistung und Haltung rechtfertigen.

6

MITWIRKUNG DER MITARBEITER

Wir können unser Unternehmen dann mit bestem Erfolg führen, wenn wir unseren Mitarbeitern auf allen Stufen Gelegenheit zur Entfaltung ihrer persönlichen Initiative bieten. An der Planung, die unsere Organisation, unsere Ziele und Aufgaben auf kurze und lange Frist festlegt, sollen sich alle Mitarbeiter aktiv beteiligen. Der Dienstweg soll im Sinne dieser Mitwirkung keine Einbahnstrasse von oben nach unten sein, sondern auch Anregungen, Vorschläge und sachliche Kritik von unten nach oben leiten.

7

DISZIPLIN

Bei aller initiativen Mitwirkung unseres Personals erwarten wir, dass es sich diszipliniert in das Ganze einordnet, wie es für den Luftverkehr unerlässlich ist. Vorgesetzte und Mitarbeiter müssen sich darauf verlassen können, dass einmal getroffene Anordnungen ausgeführt werden.

8

AUFGABEN DER VORGESETZTEN

In unserem Unternehmen gilt der Grundsatz, dass jede Kompetenz an die unterste Stelle delegiert wird, die einen gegebenen Tatbestand umfassend beurteilen kann.

Die Pflichten, Befugnisse und Leistungsmassstäbe der Vorgesetzten aller Stufen und das Zusammenwirken verschiedener Stellen an der Lösung bestimmter Aufgaben müssen klar umschrieben sein.

Zu den Pflichten jedes Vorgesetzten gehört die wohlwollende Förderung seiner Mitarbeiter.

9

AUSSTRAHLUNG UNSERER LEISTUNG

Die Qualität unserer Dienste und die Zufriedenheit unserer Kunden sind unsere beste Werbung. Das Verhalten unserer Mitarbeiter innerhalb und ausserhalb ihrer Berufstätigkeit bestimmt weitgehend den Eindruck, den Kunden und Öffentlichkeit von der Swissair gewinnen. Die Verantwortung hierfür muss unseren Mitarbeitern stets bewusst sein.

10

VERHÄLTNIS ZUR UMWELT UND ZUM MITMENSCHEN

In unserer Arbeit wollen wir uns in unsere Umwelt einfügen und uns darum bemühen, ein guter Nachbar zu sein.

Unsere weltumspannende Tätigkeit soll uns nicht zur Überheblichkeit verleiten; sie auferlegt uns im Gegenteil die Pflicht zur Bescheidenheit und Rücksichtnahme.

Stand der 169. Aufsichtsratsitzung vom 10. Juli 1979

...

§ 2

Gegenstand des Unternehmens ist der Luftverkehr im In- und Ausland und der Betrieb aller mit der Luftfahrt und ihrer Förderung zusammenhängenden Geschäfte und Einrichtungen

Die Gesellschaft ist zur Förderung des Geschäftszweckes berechtigt, im In- und Ausland Zweigniederlassungen und Agenturen zu errichten, sich bei anderen Unternehmungen des In- und Auslandes zu beteiligen, solche Unternehmungen zu erwerben und zu errichten, sowie alle Geschäfte einschliesslich von Interessensgemeinschaftsverträgen einzugehen.

...

**List of States
Parties to the Following Acts
(as of 31 December 1979)**

Note. — (A) designates States which adhered to the Convention.

STATES	Chicago Convention (in force as of 4/4/47) (Deposit of ratification or adherence)	Amendments to Chicago Convention						Transit Agreement (in force as of 30/1/45) (Notification of acceptance)	Transport Agreement (in force as of 8/2/45) (Notification of acceptance)
		Article 93 bis as of 20/3/61 (in force as of 16/5/58)	Article 45 as of 16/5/58)	Articles 48(a) 49(a) and 61 (in force as of 12/12/56)	Article 50(a) (in force as of 21/6/61 17/7/62)	Article 50(a) (in force as of 12/3/71 16/1/73)	Article 48(a) (in force as of 7/7/71 19/12/74)		
Afghanistan	4/4/47	2/3/48	15/3/56	15/3/56	29/11/65	1/2/72	29/11/65	17/3/45	
Algeria	7/5/63(A)	29/1/65	29/11/65	29/11/65	10/4/77	10/4/77	10/4/77	16/4/64	
Angola	11/2/71(A)	10/1/71	10/1/71	10/1/71	10/4/77	10/4/77	10/4/77	4/6/46	
Argentina	4/6/46(A)	19/11/63	21/6/56	21/6/56	19/11/63	15/6/71	18/8/72	18/8/45	
Australia	1/3/47	21/6/57	21/6/57	21/6/57	19/1/62	15/12/62	4/3/74	28/8/45	
Austria	3/7/48(A)	1/3/48	1/3/48	1/3/48	17/7/62	10/9/73	12/3/64	27/5/73	
Bahamas	25/7/75	25/7/75	25/7/75	25/7/75	15/1/73	15/1/73	15/1/73	12/10/71	
Bahrain	20/8/71(A)	1/11/71	1/11/71	1/11/71	1/11/71	1/11/71	1/11/71	9/2/79	
Bangladesh	22/12/72(A)	21/3/72	21/3/72	21/3/72	14/6/71	6/1/72	10/7/70	10/7/70	
Barbados	21/3/67(A)	31/6/71	31/6/71	31/6/71	15/2/62	15/2/62	16/2/72	19/7/45	
Belgium	5/5/47	28/1/55	28/1/55	28/1/55	30/1/62	15/8/72	27/12/74	23/4/63	4/4/47
Belize	29/5/61(A)	4/4/47	4/4/47	4/4/47	23/5/56	23/5/56	23/5/56	4/4/47	4/4/47
Bolivia	28/12/78(A)	8/7/46	14/10/49	14/10/49	17/6/59	6/3/69	17/12/71	21/9/70	
Bosnia	8/6/67(A)	16/12/69	16/12/69	16/12/69	16/12/69	16/12/69	16/12/69	18/2/68	
Bulgaria	25/10/51	16/12/51	16/12/51	16/12/51	16/8/57	16/8/57	16/8/57	18/2/68	
Burkina Faso	9/7/48(A)	21/1/68(A)	21/1/68(A)	21/1/68(A)	16/8/57	16/8/57	16/8/57	18/2/68	
Burundi	1/1/48(A)	1/1/48(A)	1/1/48(A)	1/1/48(A)	16/8/57	16/8/57	16/8/57	18/2/68	
Canada	11/2/46	22/8/47	2/9/58	4/11/54	17/10/61	12/5/71	22/1/65	18/2/68	
Cape Verde	19/8/76(A)	22/8/62	22/8/62	22/8/62	22/8/62	22/8/62	22/8/62	10/2/45	
Central African Republic	28/6/61(A)	28/8/64	28/8/64	28/8/64	20/12/67	10/10/72	20/12/67	24/4/74	
Chad	37/62(A)	18/3/68	18/3/68	18/3/68	20/12/67	10/10/72	20/12/67		
Chile	11/2/47	24/3/48	28/2/74	28/2/74	28/2/74	28/2/74	28/2/74		
China	26/2/46(1)	26/2/46(1)	26/2/46(1)	26/2/46(1)	26/2/46(1)	26/2/46(1)	26/2/46(1)		
Colombia	31/10/47	26/5/62	26/5/62	26/5/62	26/5/62	13/11/78	13/11/78	1/5/58	
Congo, People's Republic of the	1/5/58	5/7/60	5/7/60	5/7/60	14/11/73	14/11/73	14/11/73	20/6/47	
Costa Rica	30/9/63	12/8/63	12/8/63	12/8/63	29/10/62	18/6/71	15/6/64	12/10/61	
Cuba	17/1/61(A)	21/4/48	21/7/57	21/2/57	9/3/62	15/6/71	8/5/64	18/4/45	
Cyprus	1/3/47	21/4/48	21/7/57	21/2/57	9/3/62	15/6/71	8/5/64	1/5/58	
Czechoslovak Socialist Republic	16/1/56(A)	16/1/56(A)	16/1/56(A)	16/1/56(A)	16/1/56(A)	16/1/56(A)	16/1/56(A)	20/6/47	
Democratic Kampuchea	28/1/70(A)	28/1/70(A)	28/1/70(A)	28/1/70(A)	28/1/70(A)	28/1/70(A)	28/1/70(A)	12/10/61	
Democratic People's Republic of Korea	28/2/47	28/2/47	28/2/47	28/2/47	28/2/47	28/2/47	28/2/47	18/4/45	
Denmark	30/6/78(A)	30/6/78(A)	30/6/78(A)	30/6/78(A)	30/6/78(A)	30/6/78(A)	30/6/78(A)	1/12/48	
Dominican Republic	25/1/46	25/1/46	25/1/46	25/1/46	25/1/46	25/1/46	25/1/46		

STATES	Chicago Convention (in force as of 1/1/47) (Deposit of ratification or adherence)	Amendments to Chicago Convention					Transit Agreement (in force as of 30/1/45) (Notification of adherence)	Transport Agreement (in force as of 8/2/45) (Notification of adherence)
		Article 45 (in force as of 16/5/58)	Articles 43(a) 49(a) and 61 (in force as of 12/12/58)	Article 50(a) 12/3/71 (in force as of 16/1/73)	Article 56 7/1/71 (in force as of 19/12/74)	Article 48(a) 14/9/62 (in force as of 11/4/75)		
				Deposit of Ratification				
Ecuador	20/8/54	11/1/65	11/1/65	11/1/65	2/5/75	11/1/65	13/3/47	
Egypt, Arab Republic of	13/3/47	15/3/55	15/3/55	27/2/63	17/7/72		1/6/45	1/6/45
El Salvador	11/6/47			22/1/63				
Equatorial Guinea	22/2/72(A)							
Ethiopia	1/3/47	25/10/54	25/10/54	23/1/63	9/9/71		22/3/45	22/3/45
Fiji	5/3/73(A)	4/4/73	4/4/73	4/4/73			14/2/73	
Finland	30/3/49(A)	30/12/54	30/12/54	18/9/61	7/10/71	4/2/63	9/4/57	
France	25/3/47	21/9/64	21/9/64	20/11/62	13/9/72	3/12/64	24/6/48	
Gabon	18/1/62(A)						15/1/70	
Gambia	13/5/77(A)	25/1/78	25/1/78	25/1/78	25/1/78	25/1/78	8/6/56	
Germany, Federal Republic of	9/5/56(A)	27/4/59	27/4/59	16/8/62	25/8/72			
Ghana	9/5/57(A)	15/8/61	15/8/61	26/4/62	18/10/72		21/9/45	23/2/46(1)
Greece	13/3/47	12/12/56	12/12/56	21/6/71			28/4/47	
Guatemala	28/4/47	6/10/59	6/10/59		11/2/74			
Guinea	27/3/59(A)	26/6/59	26/6/59	21/8/61	19/8/76	19/8/76		
Guinea-Bissau	15/12/77(A)							
Guyana	3/2/67(A)							
Haiti	25/3/48	13/9/57	1/6/55	20/12/62	20/12/72		13/11/45	
Honduras	7/5/53	1/6/55	1/6/55	30/10/70			15/11/73	
Hungary	30/9/69(A)	30/10/70	30/10/70		6/7/72	30/10/70	21/3/47	
Iceland	21/3/47	5/7/55	5/7/55	13/12/61	17/5/71	6/10/70	2/5/45	
India	1/3/47	19/1/55	19/1/55	28/7/61	15/6/71			
Indonesia	27/4/50(A)	24/11/59	18/10/55	18/10/55	14/6/71	9/12/63	19/4/50	
Iran	19/4/50	17/7/61	19/2/75	3/10/77	24/12/72	19/2/75	15/6/45	
Iraq	2/6/47	4/1/55	25/3/55	4/1/55	15/6/71	11/7/72	15/11/57	
Ireland	31/10/46		13/5/55	13/5/55	15/6/71	21/3/78	16/6/54	
Israel	24/5/49(A)	24/3/58	24/3/58	17/5/63	3/7/74	13/2/69	20/1/61	
Italy	31/10/60(A)	20/3/61	20/3/61	14/11/66	15/6/71	28/9/64	18/10/63	
Ivory Coast	26/3/63(A)	18/10/63	18/10/63	15/10/63	14/6/72	20/10/53	20/10/53	
Jamaica	8/9/53(A)			4/6/62	19/4/72	15/5/72	18/3/45	
Japan	18/3/47(A)			2/7/61	10/2/72			
Jordan		31/5/64	31/5/64	31/5/64	15/6/71	22/7/64	17/6/60	
Kenya	1/5/64(A)			3/7/62				
Kuwait	18/5/60(A)							
Laos People's Democratic Republic	13/6/55(A)	4/6/56	4/6/56	7/3/62	27/9/71			
Lebanon	19/9/49	20/8/73	20/8/73	18/6/62	17/8/72	20/7/77	5/6/74	
Lesotho	19/5/75(A)	11/9/75	11/9/75	11/9/75	11/9/75	11/9/75	21/10/75	
Liberia	11/2/47						19/3/45	
Lithuania	29/1/53(A)	6/12/56	6/12/56	17/8/62	27/4/72	20/9/72	28/4/48	
Libyan Arab Jamahiriya	28/4/48	17/3/55	17/3/55	3/10/65	11/7/72	2/9/65	27/5/62	
Luxembourg	14/4/62(A)	7/12/62	7/12/62	7/12/62	16/1/73	24/4/66	14/5/62	
Madagascar	11/9/64(A)	30/11/64	30/11/64	30/11/64	29/4/71	30/11/64	27/3/62	
Malawi	1/10/62	28/3/61	28/3/61	3/10/61	15/6/71	20/1/64	31/5/45(1)	
Malaysia	12/3/74(A)							
Maldives	8/11/60(A)	10/1/61	10/1/61	12/7/61	11/7/72	27/5/70	27/5/70	
Mali	5/11/65(A)	25/5/65	25/5/65	25/5/65	14/11/71	25/5/65	4/6/65	

STATES	Chicago Convention (in force as of 4-24-71) (Deposit of ratification or adherence)	Amendments to Chicago Convention				Transit Agreement (in force as of 30/1/45) (Notification of acceptance)	Transport Agreement (in force as of 8/2/45) (Notification of acceptance)
		Article 43 bis (in force as of 20/3/61)	Article 43 (in force as of 20/3/61)	Article 48(a) (in force as of 12/12/56)	Article 50(a) (in force as of 12/12/56)	Article 56 (in force as of 19/12/71)	Article 58(a) (in force as of 11/9/75)
Mauritania	13/1/62(A)	2/4/62	2/4/62	2/4/62	2/4/62	29/12/76	11/5/79
Mauritius	30/1/70(A)	1/9/70	1/9/70	1/9/70	1/9/70	13/11/71	13/9/71
Mexico	25/6/46	13/5/55	13/5/55	9/4/62	9/4/62	9/7/72	25/6/46
Morocco	13/11/56(A)	21/6/57	21/6/57	31/6/57	8/12/64	10/11/71	26/8/57
Mozambique	5/1/77(A)	3/9/75	3/9/75	3/9/75	3/9/75		25/9/75
Nauru	25/8/75(A)						23/11/65
Nepal	29/6/60(A)	24/2/55	14/12/55	31/5/55	3/5/62	26/8/64	12/1/45
Netherlands, Kingdom of the	7/3/47	22/9/47	5/5/53	8/6/56	14/5/62	1/12/71	12/1/45
New Zealand	28/12/45	9/7/62	9/7/62	9/7/62	24/8/73	31/10/73	19/4/45
Nicaragua	29/5/60(A)				12/10/71	17/12/62	28/12/45
Niger	14/11/60(A)				23/8/71	10/1/72	16/3/62(A)
Nigeria	5/5/47	13/7/62	13/4/56	18/4/56	10/10/61	4/7/74	25/1/61
Norway	14/1/73(A)	19/7/48	21/10/55	21/10/55	30/4/62	35/10/73	30/1/45
Oman	6/11/47(A)	24/9/63	24/9/63	4/7/62	1/6/71	5/4/72	23/2/73
Pakistan	18/1/60(A)	25/7/79	25/7/79	25/7/79	25/7/79	25/7/79	15/8/47(5)
Paraguay	15/12/53(A)						
Peru	21/1/46	16/5/58	35/9/57	12/3/64	17/6/71	26/2/63	27/7/45
Philippines	1/3/47	1/11/52	1/10/56	12/1/62	4/6/71	1/2/72	22/3/46(7)
Poland	6/4/45	21/2/69	23/5/62	23/5/62	15/6/71	17/5/76	6/4/45(8)
Portugal	2/2/42	30/9/55	30/9/55	25/5/62	26/7/71	23/5/63	1/9/59
Qatar	3/10/11(A)	23/5/57	23/5/57	16/7/62	18/6/71	2/7/65	22/6/60
Republic of Korea	30/12/57	30/12/57	30/12/57	16/4/62	18/9/74	18/1/71	
Republic of South Viet-Nam*	19/10/57(A)	31/5/66	31/5/66	31/5/66	10/11/71	6/9/74	31/5/66
Romania	20/4/65(A)	15/11/65	15/11/65	15/11/65	1/7/72	17/3/72	6/7/64
Rwanda	20/11/73(A)						
Saudi Arabia	28/2/77(A)	25/2/66	25/2/66	25/2/66	20/9/71	25/2/66	8/3/61
Senegal	19/2/62(A)	28/2/61	28/2/61	5/3/62	16/2/72	10/3/72	16/10/79
Sierra Leone	25/4/77(A)			15/5/62	31/5/71	24/9/71	22/8/66
Singapore	20/5/66(A)	4/1/67	4/1/67	4/1/67	30/9/64	4/1/67	10/6/64
Somalia	2/3/64(A)	30/9/64	30/9/64	30/9/64	15/6/71	30/9/64	30/11/45
South Africa	1/3/47	24/5/56	24/5/56	13/2/62	27/8/71	17/9/63	30/11/45
Spain	5/3/47	6/6/55	6/6/55	2/4/62	21/6/71	3/7/74	30/7/45
Sri Lanka	9/12/48	6/1/55	6/1/55	28/5/62	29/12/71	8/6/72	31/5/45(9)
Sudan	8/4/60	8/4/60	8/4/60	31/5/62	21/11/73		
Suriname	5/3/76(A)	31/1/74	31/1/74	31/1/74	31/1/74	31/1/74	30/4/73
Swaziland	14/2/73(A)	3/7/55	8/7/55	28/12/61	11/6/71	16/12/71	19/11/45
Sweden	7/11/46	1/4/56	1/4/56	22/5/61	28/9/72	28/9/72	6/7/45
Switzerland	6/2/42(10)	3/3/56	8/3/56	26/3/73	26/3/73	14/5/64	6/2/47
Syrian Arab Republic**	21/12/49	3/12/57	3/12/57	17/1/62	14/9/71	14/9/72	16/9/65(11)
Thailand	4/4/47	18/5/65(A)	18/5/65(A)		12/11/73	22/10/74	13/4/63
Togo	14/3/63(A)				10/7/72		
Trinidad and Tobago							

STATES	Chicago Convention (in force as of 1944/45) (Deposit of instrument of adherence)	Amendments to Chicago Convention					Treaty Agreement (in force as of 8/2/45) (Notification of acceptance)
		Article 45 as of 20/3/61	Articles 48(a) 49(e) and 61 (in force as of 12/12/56)	Article 50(a) 21/6/61 (in force as of 17/7/62)	Article 50(a) 12/3/71 (in force as of 16/1/73)	Article 56 7/7/71 (in force as of 19/12/74)	
					Deposit of Ratification		
Tunisia	18.11.57(A)	23/5/61	16/1/61	27/12/61	25/10/71	10/7/74	26/4/62
Turkey	20.12.53	28/4/65	23/12/55	23/4/65	14/9/77	14/9/77	6/6/45
Uganda	10.4.62	16/9/76	16/9/76	16/9/76	25/5/71	19/12/74	6/6/45
Union of Soviet Socialist Republics	15.10.50(A)	4/5/71	4/5/71	4/5/71	15/6/71	9/2/72	25/4/72
United Arab Emirates	25.10.71(A)						31/5/45
United Kingdom	17.3.47	17/2/55	17/2/55	4/1/62	11/6/71	7/12/71	30/3/60
United Republic of Tanzania	18/1/60(A)	14/11/61	14/11/61	14/11/61		8/8/72	8/2/45(13)
United States	23.10.52(A)	10/4/63	10/4/63	10/4/63	25/6/71	15/6/78	10/4/63
Upper Volta	2.8.82(A)	1/2/71	23/5/66	23/3/62	27/3/72	25/2/74	8/2/45(13)
Venezuela	14.1.57(A)	20/3/79	1/2/71	8/9/65	19/9/75	19/9/75	12/7/63
Yemen	17.4.57(A)	3/2/78	20/3/79	6/2/62	19/9/75	3/2/78	20/3/79
Yugoslavia	9/2/60	13.4.60	6/7/56			11/3/64	28/3/46
Zaire	22.5.61(A)	20/6/61	20/6/61	5/3/62	14/6/71	6/3/72	17/5/76
Zambia	30/10/64(A)	23/8/62	23/8/62	7/9/71	22/1/73	14/9/72	13/10/65

* New forms part of the Socialist Republic of Viet Nam, the status of which in ICAO is in the process of clarification

** From 31 February 1958 to 28 September 1961 Syria was part of the then United Arab Republic

Member

Companies, showing Service Prefixes

Prefixes

ACTIVE MEMBERS		ASSOCIATE MEMBERS	
ACTIVE MEMBERS—continued		ASSOCIATE MEMBERS—continued	
AE—LINGUS TROPICANA	BE	ICELANDAIR	IC
AER—AEROMEXICO	AR	IRAN AIRWAYS	IR
AERONAVES DE MEXICO, S.A. (AEROMEXICO)	AM	IRAQI AIRWAYS, LTD.	IK
AERONAVES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.	AV	JAPAN AIR LINES CO., LTD.	JA
AVIANCA	AV	JUGOSLOVENSKI AEROTRANSPORT (JAT)	JU
AIR AFRIQUE	AF	KENYA AIRWAYS LTD.	KQ
AIR ALGERIE	AG	KLM—ROYAL DUTCH AIRLINES	KL
AIR ANZ	AN	KUWAIT AIRWAYS CORPORATION	KU
AIR FRANCE	AF	LAM—LINHAS AEREAS DE MOCAMBIQUE	TM
AIR GABON	GA	LIBYAN ARAB AIRLINES	LN
AIR HAWAII, LTD.	HA	LINHA AEREA NACIONAL DE CHILE (LAN-CHILE)	LA
AIR HAWAII	HA	MIDDLE EAST AIRLINES AIRLIBAN	ME
AIR NEW ZEALAND	NZ	NIGERIA AIRWAYS, LTD.	WT
AIR NIUGINI	NI	OLYMPIC AIRWAYS S.A.	OA
AIR OMAN	OM	PAKISTAN INTERNATIONAL AIRLINES CORP.	PK
AIR PANAMA	PA	PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS INC.	PA
AIR QATAR	QR	POLSKIE LINIE LOTNICTWA (LOT)	LO
AIR SAUDI	SV	QANTAS AIRWAYS, LTD.	QF
AIR SINGAPORE	SF	SABENA (S.A. Belge d'Exploitation de la	SN
AIR SUDAN	SD	SAUDI ARABIAN AIRLINES CORPORATION	SV
AIR SWISS	SS	SCANDINAVIAN AIRLINES SYSTEM (SAS)	SK
AIR TANZANIA	TA	SUDAN AIRWAYS	SD
AIR THAI	TH	SWISS AIR TRANSPORT CO., LTD.	SS
AIR TUNISIA	TT	STRAN ARAB AIRLINES	SR
AIR UGANDA	UG	TAAG—Linhas Aereas de Angola	DT
AIR UGANDA	UG	TRANS ANGOLA AIRLINES	TA
AIR UGANDA	UG	TRANS MEDITERRANEAN AIRWAYS, S.A.R.L.	TL
AIR UGANDA	UG	TRANS WORLD AIRLINES, INC. (TWA)	TW
AIR UGANDA	UG	TURK HAVA YOLLARI A.S.	TU
AIR UGANDA	UG	(TURKISH AIRLINES)	TK
BRANIFF INTERNATIONAL INC.	BN		
BRITISH CALEDONIAN AIRWAYS, LTD.	BA		
CAMEROON AIRLINES	UY		
CESKOSLOVENSKÉ AEROLINIE (CSA)	CP		
COMPANIA MEXICANA DE AVIACION S.A.	MX		
CYPRUS AIRWAYS, LTD.	CY		
DEUTSCHE LUFTHANSA A.G.	LH		
EGYPTAIR	MS		
EMIRATES AIRLINES, LTD.	LY		
EMPRESA CONSOLIDADA CUBANA DE	CU		
AVIACION (CUBANA)	CU		
EMIRATES AIRLINES, LTD.	ET		
ETHIOPIAN AIRLINES	ET		
FINNAIR OY	FY		
FLYING TIGER LINE, INC.	AT		
GARUDA GONJESAN AIRWAYS	GA		
GHANA AIRWAYS CORPORATION	GH		
IBERIA—LINHAS AEREAS DE ESPANA S.A.	IB		

Verzeichnis der Mitgliedstaaten des Warschauer Abkommens
in der Fassung vom 12. Oktober 1929¹⁾

Alghanistan	Jordanien	Papua Neu-Guinea
Argentinien	Jugoslawien	Philippinen
Äthiopien	Kambodscha	Polen
Australien	Kamerun	Portugal
Bahamas	Kanada	Rumänien
Bangladesh	Kenya	Sambia
Barbados	Kolumbien	Samoa (Westliche Inseln)
Belgien	Kongo (Brazzaville)	Saudi-Arabien
Botsuana	Kongo (Kinshasa)	Schweden
Brasilien	Korea (Nord)	Schweiz
Bulgarien	Kuba	Senegal
Burma	Kuwait	Sescheilen
Ceylon	Laos	Sowjetunion
Chile	Lesotho	Spanien
China (Volksrepublik)	Libanon	Südafrikanische Republik
Dahome	Liberia	Sudan
Dänemark	Libyen	Syrien
Deutschland	Liechtenstein	Tansanien
Dominikanische Republik	Luxemburg	Togo
Elfenbeinküste	Madagaskar	Tonga
Equador	Malawi	Tschechoslowakei
Estland	Malaysia	Tunesien
Finland	Malien	Türkei
Frankreich	Marokko	Uganda
Gabun	Mauretanien	Ukraine
Ghana	Mexiko	Ungarn
Griechenland	Mongolei	Uruguay
Grossbritannien	Nauru	Venezuela
Guinea	Nepal	Vereinigte Arabische Republik
Indien	Neuseeland	Vereinigte Staaten von Amerika
Indonesien	Niederlande	Vietnam
Irak	Niger	Weissrussland
Irland	Nigeria	Zimbabwe
Island	Norwegen	Zypern
Israel	Oman	
Italien	Österreich	
Japan	Pakistan	

Verzeichnis der Mitgliedstaaten des Warschauer Abkommens
in der Fassung von Den Haag 1955

Alghanistan	Japan	Papua Neu-Guinea
Algerien	Jordanien	Philippinen
Argentinien	Jugoslawien	Polen
Australien	Kamerun	Portugal
Bahamas	Kanada	Rumänien
Bangladesh	Kolumbien	Sambia
Belgien	Kongo (Brazzaville)	Saudi-Arabien
Brasilien	Korea (Nord)	Schweden
Bulgarien	Korea (Süd)	Schweiz
Chile	Kuba	Senegal
China (Volksrepublik)	Kuwait	Sescheilen
Dahome	Kuwait	Singapur
Dänemark	Laos	Sowjetunion
Deutschland (BR)	Lesotho	Spanien
Deutschland (DDR)	Libanon	Südafrikanische Republik
Dominikanische Republik	Libyen	Sudan
Elfenbeinküste	Liechtenstein	Swaziland
Equador	Luxemburg	Syrien
Estland	Madagaskar	Togo
Frankreich	Malawi	Tonga
Gabun	Malaysia	Tschechoslowakei
Griechenland	Malien	Tunesien
Grossbritannien	Marokko	Türkei
Guatemala	Mexiko	Ukraine
Indien	Nauru	Ungarn
Irak	Nepal	Venezuela
Iran	Neuseeland	Vereinigte Arabische Republik
Irland	Niederlande	Weissrussland
Island	Niger	Zimbabwe
Israel	Nigeria	Zypern
Italien	Norwegen	
	Österreich	
	Pakistan	

¹⁾ Wortlaut des Abkommens siehe BS 13 653, Einzelheiten AS 1971 1819, 1976 497, 1978 494 und 1981 1629¹⁾ Einzelheiten siehe Amtliche Gesetzessammlung 1971 1821, 1976 499, 1978 495 1630.

Lebenslauf

Ich bin am 7. Februar 1954 in Zollikon geboren, wo ich auch die Primarschule besuchte. Anschliessend trat ich in das Realgymnasium Zürichberg, nachmals Rämibühl, ein und bestand im Herbst 1974 die Matura Typus B. Unverzüglich nahm ich an der Universität Zürich das Ius-Studium auf und schloss es, von zahlreichen Militärdiensten durchbrochen, im Dezember 1979 mit dem Lizenziat ab. Im Januar 1980 nahm ich die Arbeit an dieser Dissertation auf. Im Juli dieses Jahres heiratete ich. Auf den 1. Juni 1981 trat ich in das Ausbildungsteam der Schweizerischen Bankgesellschaft ein und vollendete daneben meine Dissertation. Am 24. Februar, fast genau 3 Monate nach der Geburt eines kräftigen Stammmhalters, wurde ich zum Dr. iur. promoviert.

Urs Thomann

